

LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES LORS DES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS

EN DROIT SUISSE ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

**PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT**

PAR

PIERRE-ALAIN RECORDON

DE

RANCES (VAUD) ET ZURICH

THÈSE N° 615

**GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & C^{IE} S. A.**

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**LA PROTECTION
DES ACTIONNAIRES
LORS DES
FUSIONS ET SCISSIONS
DE SOCIÉTÉS**

EN DROIT SUISSE ET EN DROIT FRANÇAIS

LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES LORS DES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS

EN DROIT SUISSE ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

PIERRE-ALAIN RECORDON

DE

RANCES (VAUD) ET ZURICH

THÈSE N° 615

GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & C^{IE} S. A.

1974

La faculté de droit autorise l'impression de la présente
dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion
sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 10 septembre 1973.

Le Doyen :

Christian Dominici.

Thèse N° 615.



A MES PARENTS.

AVANT-PROPOS

C'est à M. Paul Didier, alors professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Lyon, aujourd'hui Président de l'Université de Paris IX, que je dois la première idée d'une thèse sur les fusions et scissions de sociétés. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de mes vifs remerciements.

En M. Robert Patry, professeur à la Faculté de droit et, jusqu'à récemment, vice-recteur de l'Université de Genève, j'ai trouvé un directeur de thèse dont l'expérience et les conseils me furent d'un très grand secours et je tiens à lui exprimer ma profonde reconnaissance.

Tout au long de mes recherches, M. Alain Hirsch, professeur à la Faculté de droit et directeur du Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, a bien voulu passer mon travail au crible d'une critique perspicace et constructive, et je lui en dois une gratitude toute particulière.

Mes remerciements vont encore à M. Louis Dallèves et à mon ami M. Bernd Stauder, tous deux professeurs à la Faculté de droit de Genève, dont les remarques me furent extrêmement précieuses.

Enfin, si cette étude a pu finalement voir le jour, je le dois également à ma femme, qui n'a cessé de me prodiguer ses encouragements et son aide et à qui je reste tout spécialement reconnaissant.

Genève, octobre 1973.

P.-A. R.

ABRÉVIATIONS

AktG	Aktiengesetz du 6 septembre 1965 (Allemagne).
al.	alinéa(s).
A.N.S.A.	Association nationale des sociétés par actions.
art.	article(s).
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles.
Bull. stén.	Bulletin sténographique.
Cass.	Cour de cassation.
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale ou section sociale de la chambre civile.
C. civ.	Code civil français.
CCS	Code civil suisse.
cf.	<i>confer.</i>
CFO	Code fédéral des obligations.
Ch.	chapitre.
ch.	chiffre.
Civ.	Cour de cassation, chambre civile.
CO	Code des obligations.
C.O.B.	Commission des opérations de bourse.
Com.	Cour de cassation, section commerciale et financière.
Comp.	comparer.
Concl.	conclusions.
D.	Recueil Dalloz.
Dct.	décret.
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
D.P.	Dalloz périodique.
D. Rép. sociétés	Dalloz, Répertoire des sociétés.
D.S.	Recueil Dalloz-Sirey.
DSC	Décret n. 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.
éd.	édition.
Einl.	Einleitung.
fasc.	fascicule(s).
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
<i>ibid.</i>	<i>ibidem.</i>
J.C.P.	Jurisqueleur périodique ou Semaine juridique.
J.O.	Journal officiel.

J.S.	Journal des sociétés civiles et commerciales.
JT	Journal des tribunaux.
Jurisl. Soc.	Jurisque des sociétés.
L.	loi.
litt.	lettre.
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato.</i>
LSC	loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
mod.	modifié(e) par.
N. ou n.	numéro.
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum.</i>
Ord.	ordonnance.
p.	page(s).
PP	pertes et profits.
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts.
Rép. min.	réponse ministérielle.
Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes.
Repertorio	Repertorio di Giurisprudenza Patria.
Rev. soc.	Revue des sociétés.
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
S.	Recueil Sirey.
SA	société anonyme.
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft (La société anonyme suisse).
SEC	Securities and Exchange Commission.
sect.	section.
Sem. jud.	La Semaine judiciaire.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue suisse de jurisprudence).
Somm.	sommaire.
ss.	suiwant(e)s.
t.	tome.
Trib. civ.	tribunal civil.
Trib. com.	tribunal de commerce.
Vorbem.	Vorbemerkungen.
ZBGR	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Revue de droit suisse).

INTRODUCTION

1. Le sujet de la présente étude se situe au point de rencontre de deux problèmes d'actualité. D'une part, le mouvement de concentration des entreprises, s'il ne date pas d'aujourd'hui, paraît avoir pris une ampleur particulière depuis la deuxième guerre mondiale. Les fusions et restructurations des sociétés anonymes sont à l'ordre du jour, tant sur le plan économique que sur le plan législatif. D'autre part, le problème de la protection des actionnaires se pose de façon toujours plus aiguë dans le cadre de sociétés anonymes de plus en plus importantes où leur rôle tend à s'amenuiser.

2. Sans doute la croissance est-elle dans la nature même de tout organisme économique. Sous la pression de la demande et de la concurrence, mais aussi sous l'influence du progrès technologique qui requiert de plus en plus la mise en place de dispositifs de production considérables, l'entreprise tend à l'expansion.

La concentration des entreprises, conçue comme « un mouvement qui entraîne la formation d'unités économiques de plus en plus vastes »¹, est à l'origine de la société anonyme elle-même, née de la nécessité de mettre en œuvre des moyens dépassant ceux de l'entreprise individuelle. Champaud souligne que, depuis le milieu du siècle dernier, le « phénomène concentrationniste » n'a cessé de prendre de l'ampleur et que chaque événement a favorisé la concentration : « La prospérité engendre la constitution de vastes entreprises, la récession les réunit dans la collusion et le mouvement continue sa progression dialectique. »²

Nous n'insisterons pas sur les causes économiques de la concentration, auxquelles les économistes ont consacré plus d'une étude.³ Qu'il

N.B. Les ouvrages sont désignés par le seul nom de leur auteur, et par le titre abrégé lorsque plusieurs ouvrages du même auteur figurent à la bibliographie.

¹ Champaud, n. 2, p. 3.

² *Ibid.*, n. 3, p. 5.

³ Voir notamment Houssiaux, *Le pouvoir de monopole*, Paris 1958. Sur divers aspects de la concentration en Europe, voir les rapports réunis dans la *Revue du Marché Commun*, N. 109, janv.-févr. 1968, *Coopérations, concentrations, fusions d'entreprises dans la CEE*. Adde : Poeche, *Der Betrieb* 1971, p. 1.

nous suffise de signaler ici, parmi les facteurs les plus récents et les plus évidents, l'ouverture d'un ample marché européen dans le cadre de la CEE. « Tant pour parer la concurrence des puissants groupes allemands, que pour constituer des unités européennes de production capables de rivaliser avec celles des Etats-Unis, les entreprises françaises se concentrent et continueront à se concentrer de façon accélérée durant les prochaines années. »⁴ L'économie suisse peut se trouver placée, dans les années à venir, devant un défi analogue.

3. L'âge des grandes entreprises est, à n'en pas douter, « l'ère des sociétés par actions ». ⁵ La société anonyme, instrument et moteur du capitalisme moderne, possède au plus haut point ce « pouvoir de concentration », défini par Champaud comme la « faculté d'assurer simultanément la croissance des unités économiques et la diminution de leur nombre », qui lui permet de « servir de cadre à des opérations concentrationnistes extrêmement variées ». ⁶

Parmi les diverses formes que la concentration revêt dans le domaine des sociétés anonymes, figure la fusion. Au sens juridique du terme, la fusion s'entend de la réunion de deux ou plusieurs sociétés en un seul être moral. Elle représente ainsi le type extrême de la « concentration de type primaire », qui « conduit à un accroissement des dimensions des cellules économiques fondamentales et à la diminution de leur nombre », par opposition à la « concentration de type secondaire », qui laisse subsister les cellules économiques de base en les intégrant à des unités plus vastes. ⁷

La fusion s'oppose ainsi, principalement, à la prise de contrôle, par laquelle une société acquiert des actions d'une autre en nombre suffisant pour lui imposer sa volonté, mais sans pour autant la faire disparaître. Elle se distingue également du *Konzern* contractuel du droit allemand, qui groupe sous une direction économique commune des entreprises juridiquement indépendantes.

Les considérations économiques justifiant une fusion varient considérablement de cas en cas. Lorsqu'une société importante en absorbe une petite, la fusion est souvent pour celle-ci la conséquence d'une taille insuffisante ne lui permettant plus de faire face à la concurrence d'entreprises mieux équipées et jouissant d'une plus grande surface financière. La fusion peut alors se révéler beaucoup plus avantageuse que la

⁴ Champaud, n. 4, p. 6.

⁵ Ripert, Aspects juridiques, p. 51 ss.

⁶ Champaud, n. 6, p. 9.

⁷ *Ibid.*, n. 2, p. 3-4.

liquidation, notamment parce qu'elle permet de tenir compte des actifs incorporels qui, comme la clientèle, n'ont de valeur qu'autant que l'entreprise se poursuit ; la continuation de l'entreprise permet, d'autre part, le maintien des contrats de travail en cours et assure d'ordinaire aux administrateurs et dirigeants sociaux, ou à la plupart d'entre eux, la poursuite de leurs fonctions ; elle permet enfin aux actionnaires de conserver leur intérêt dans l'entreprise. Pour la société absorbante, la fusion, outre qu'elle permet l'élimination d'un concurrent, met à sa disposition tout un organisme économique déjà constitué, un personnel formé, des débouchés assurés, et ce sans investissement puisque cet apport est rémunéré par l'émission d'actions. Par rapport à la prise de contrôle, la fusion présente en outre l'avantage de faciliter une intégration complète des deux entreprises sous une direction unique.

La fusion peut aussi intervenir entre des sociétés d'importance comparable. La question de savoir laquelle des deux absorbe l'autre ou si toutes deux se combinent en une nouvelle société n'a plus alors, du point de vue économique, un intérêt déterminant, et les avantages de l'opération sont analogues pour les deux partenaires. La fusion permet, dans ce cas, de mettre fin à une concurrence qui pouvait être ruineuse pour les deux entreprises, elle permet surtout d'éliminer les doubles-emplois, notamment dans le domaine de la recherche⁸ et des réseaux de distribution, éventuellement au niveau de la gamme des produits fabriqués. On en attend d'ordinaire un allègement des frais généraux et une rentabilité accrue, en même temps qu'une plus grande stabilité due à une plus large diversification.

Notons enfin que dans les pays où, comme en France, un régime fiscal de faveur est accordé à la fusion, celle-ci peut se révéler le moyen le moins coûteux d'intégration de deux entreprises.⁹

4. La scission est, à première vue, le contraire d'une fusion : elle consiste dans l'éclatement d'une société, qui fait apport de son patrimoine à deux ou plusieurs autres avant de disparaître. Du point de vue économique, la scission apparaît, cependant, plutôt comme un moyen de concentration que de déconcentration, dans la mesure où les apports résultant du démembrement de la société scindée sont souvent faits à des sociétés préexistantes qui augmentent ainsi leur puissance.

La scission, comme la fusion, peut avoir des justifications économiques diverses. Le plus souvent, elle consacre une division de fait déjà

⁸ En ce sens, voir en particulier l'allocation de M. Louis von Planta à l'assemblée générale ordinaire de J.R. Geigy du 3 avril 1970, exposant les raisons économiques de la fusion projetée avec CIBA.

⁹ Baudou, p. 67.

existante au sein de la société scindée, dans laquelle coexistent, en fait, deux ou plusieurs entreprises. L'exemple classique est celui de la société de tissage et filature qui fait apport de son département tissage à une société spécialisée dans cette activité, et de son département filature à une société de filature.¹⁰

La scission au profit de deux ou plusieurs sociétés préexistantes peut traduire l'inadaptation de la société scindée aux nécessités économiques. Chacun de ses départements peut être d'une taille insuffisante pour faire face à la concurrence d'entreprises mieux dotées, et les justifications de la scission sont alors analogues à celles de la fusion pour une petite société contrainte de se laisser absorber par une autre. Pour les sociétés reprenantes, l'intérêt de l'opération est le même que celui d'une absorption.

La scission peut aussi intervenir entre sociétés d'un même groupe. Elle constitue, dans ce cas, une simple restructuration interne de l'entreprise divisée entre plusieurs sociétés dont le capital est détenu par les mêmes actionnaires.¹¹

On peut également voir dans la scission un remède au gigantisme. Une société dont les activités sont très diversifiées risque de se voir freinée dans son développement par une bureaucratie coiffant des secteurs distincts, auxquels une plus large autonomie conférerait un nouveau dynamisme. En fait, on conçoit mal, dans ce cas, que l'on puisse assister à une scission complète. La société érigerait plutôt en filiales, par une série d'apports partiels d'actifs, un certain nombre, voire la totalité de ses départements, et subsisterait comme société holding.

Une place à part doit être faite à la scission *ratione personae*. Elle tend à séparer, en leur attribuant des actions de sociétés différentes, deux groupes d'actionnaires dont la mésentente compromettrait la viabilité de la société scindée. En pratique, il est cependant évident qu'une telle opération n'a de chance de succès que si l'entreprise sociale comportait déjà deux secteurs distincts sur le plan économique et susceptibles d'être séparés.

La scission totale au profit de sociétés nouvelles ne présente, en règle générale, que peu d'intérêt économique par rapport à l'opération, parfois appelée scission partielle, qui consisterait pour la société démembrée à faire un certain nombre d'apports partiels à d'autres sociétés,

¹⁰ Froessel, *Scissions*, p. 16 ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 4.

¹¹ La même remarque peut être faite à propos de la scission réalisée uniquement au profit de sociétés nouvelles, qui constitue normalement une simple réorganisation des structures de l'entreprise. Voir par exemple la scission de la Société du Creusot en 1949, in Froessel, *Scissions*, p. 17.

préexistantes ou nouvelles, et à subsister avec une partie de son patrimoine. La justification fiscale qui existait naguère en droit français, lorsque la scission bénéficiait de plein droit du régime de faveur applicable aux fusions alors que l'apport partiel devait pour cela obtenir un agrément ministériel, a disparu depuis qu'un tel agrément est également nécessaire en cas de scission.¹²

Finalement, la scission peut parfois, dans ses effets économiques, se rapprocher de la fusion comme moyen de concentration. Elle peut aussi, selon les cas, avoir l'effet contraire. Quoi qu'il en soit, fusion et scission se rapprochent sur le plan de la technique juridique, à tel point qu'une étude conjointe des deux opérations s'impose.

5. Fusion et scission de sociétés anonymes se caractérisent, du point de vue de la technique juridique, par l'existence d'un ou plusieurs apports de patrimoine effectués par une ou plusieurs sociétés à une ou plusieurs autres, par la disparition de la ou des sociétés apporteuses et par l'échange des droits sociaux des actionnaires de la ou des sociétés apporteuses contre des droits analogues au sein de la ou des sociétés reprenantes.¹³

Pour les actionnaires, ce transfert de leurs droits d'une société dans une autre fait de la fusion et de la scission des opérations originales. Une décision majoritaire peut mettre fin à la société dans laquelle ils détiennent une participation sans pour autant leur donner droit au partage du fonds social ; ils sont ainsi contraints de maintenir leur investissement et de participer à une société différente de celle dont ils ont consenti à faire partie.

Que ce transfert de droits sociaux, dérogoratoire au droit commun, soit de nature à menacer les droits des actionnaires des sociétés reprises, on le conçoit aisément et nous aurons l'occasion, chemin faisant, de mettre en lumière les dangers qu'il comporte pour eux.¹⁴ Si l'on excepte le cas de la scission réalisée exclusivement au profit de sociétés nouvelles, l'échange de leurs actions comportera toujours pour eux une perte d'influence, puisqu'ils vont devoir partager leur pouvoir de décision avec les anciens actionnaires de la société ou des sociétés reprenantes, ou avec ceux de l'autre société fusionnante en cas de fusion par combinaison. Même sur le plan strictement financier, les actionnaires de la société apporteuse courent le risque de ne pas recevoir des titres de valeur égale à ceux qu'ils détenaient, d'être privés des privilèges attachés jus-

¹² Sur le régime fiscal, voir les références citées *infra*, note 71 sous n. 40.

¹³ Voir *infra*, Première partie, Ch. I.

¹⁴ Voir surtout *infra*, Première partie, Ch. III.

qu'ici à leurs actions, ou encore de voir leur participation réduite, voire supprimée, par des conditions d'échange favorables aux seuls gros actionnaires.

La situation des anciens actionnaires des sociétés reprenantes n'est pas aussi différente qu'on pourrait le penser. Eux aussi voient diminuer leur influence du fait du droit de vote conféré aux anciens actionnaires de la société reprise. En outre, la valeur réelle de leurs actions peut se trouver affectée si la rémunération de l'apport à titre de fusion ou de scission est excessive, soit que l'apport lui-même soit surestimé, soit que les actions d'apport soient sous-évaluées. Les dangers, pour eux, sont ceux de toute augmentation de capital par apport en nature comportant renonciation au droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires. Mais la fusion ou la scission entraînera bien souvent une augmentation de capital particulièrement importante, faisant donc peser une menace particulièrement lourde sur les intérêts de la société absorbante et de ses actionnaires. Ce d'autant plus que la société reprenante est tenue du passif, connu ou inconnu, de la société reprise.

Il est de tradition, à propos de la fusion et, en droit français, de la scission, d'insister sur la situation des créanciers de la société apporteuse. Sans doute ces derniers se voient-ils imposer un nouveau débiteur, contrairement au principe du droit des obligations qui interdit la cession de dette ; en droit français, il a du reste fallu attendre la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 pour que cette cession leur soit opposable. Mais en pratique, l'opération ne met que rarement leurs créances en péril ; lors d'une fusion en tout cas, la solvabilité de leur nouvelle débitrice est supérieure à celle de la société dissoute puisqu'ils peuvent compter sur le patrimoine des deux sociétés réunies. Les intérêts sur lesquels la fusion ou la scission fait peser une véritable menace sont bien plutôt ceux des actionnaires des diverses sociétés participant à l'opération. C'est là la justification de notre étude.

6. Parmi les innovations importantes de la loi française sur les sociétés commerciales de 1966, figure une réglementation assez complète des fusions et scissions de sociétés anonymes, que le législateur avait, jusque-là, à peu près ignorées. La procédure est précisée, de même que les droits des actionnaires et des créanciers sociaux. Le droit français est, du reste, l'un des seuls qui prévoit et régit la scission.

La législation française en la matière n'est sans doute pas exempte de certaines faiblesses, que nous aurons l'occasion de relever au passage. Du moins a-t-elle le mérite de constituer une réglementation cohérente et d'assurer, dans une large mesure, une protection satisfaisante des

actionnaires, en particulier grâce à une information développée. Ce régime est, d'ailleurs, assez proche de celui de la proposition de directive européenne sur l'harmonisation du droit des fusions nationales,¹⁵ qu'il a sans aucun doute influencé. Pour le juriste suisse, il revêt, dans une certaine mesure, valeur d'exemple.

Face au système cohérent de la loi française, le code suisse des obligations ne comporte en effet, en matière de fusion, que quelques dispositions partielles et, au demeurant, peu satisfaisantes. La scission, quant à elle, est ignorée dans notre droit. Il nous a paru intéressant de confronter à ces textes dont la réforme, à notre avis, s'impose, les solutions plus modernes du droit français.

Mais si la législation suisse en matière de fusion est insuffisante, notre droit des sociétés anonymes ne laisse pas sans solution les problèmes posés par cette opération. Chaque système juridique fournit, selon les principes qui lui sont propres, des réponses aux difficultés que le législateur n'a pas songé à résoudre directement. Si bien que la pratique et la doctrine, plus que la jurisprudence quasi-inexistante dans ce domaine, ont pu dégager les règles applicables aux fusions, tout comme l'avaient fait la jurisprudence et les auteurs français avant 1966.

Il ne s'agit donc pas d'opposer à un droit suisse inexistant un système français parfaitement accompli, mais de comparer deux régimes juridiques qui, si l'un est plus satisfaisant que l'autre, présentent tous deux leur part de qualités, de faiblesses et d'incertitudes.

Nous avons choisi de présenter notre étude comparative en séparant le moins possible l'examen des deux systèmes nationaux, et de ne consacrer des développements distincts au droit suisse et au droit français que lorsqu'un problème se posait de façon suffisamment différente dans les deux droits pour que la clarté de l'exposé exigeât une étude séparée. Seule cette méthode intégrée nous paraît propre à mettre en lumière les rapprochements et les divergences entre les solutions nationales et à permettre une appréciation critique.

7. Avant de songer à résoudre les problèmes, il importe de les poser clairement. Tel est l'objet de notre première partie, au cours de laquelle nous nous efforcerons de définir de façon précise les notions juridiques de fusion et de scission des sociétés anonymes, avant d'envisager, sur un plan général, la question de la protection des actionnaires, et d'examiner les effets d'une fusion ou d'une scission sur leurs intérêts et leurs droits. Nous aurons ainsi tracé un cadre commun au droit suisse et au

¹⁵ Journal officiel des Communautés Européennes, N. C 89 du 14.7.1970, p. 20.

droit français et dégagé les buts et le sens des mesures de protection des actionnaires qui peuvent être envisagées en cas de fusion et de scission.

L'étude générale de la protection des actionnaires nous aura montré qu'elle comporte un aspect préventif et un aspect « curatif » : il s'agit tout d'abord de prévenir une atteinte aux droits des actionnaires, il faut ensuite, si une telle atteinte n'a pu être évitée, tenter de la réparer.

Aussi la seconde partie de notre étude sera-t-elle consacrée à la protection préalable que les actionnaires des diverses sociétés participantes trouvent dans la procédure de fusion ou de scission.

Une troisième partie traitera enfin de la protection a posteriori des actionnaires, c'est-à-dire des actions judiciaires propres à supprimer ou à compenser la méconnaissance de leurs droits lors d'une fusion ou d'une scission.

PREMIÈRE PARTIE

LES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS ANONYMES ET LE PROBLÈME GÉNÉRAL DE LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES

Personne n'ignore que, quelle que soit la chose qu'on entreprenne, on ne peut connaître les lois qui la régissent, on ne sait comment la réaliser et on ne peut la mener à bien que si l'on en comprend les conditions, le caractère et les rapports avec les autres choses.

(Mao Tsé-toung)

8. Avant d'étudier de manière approfondie les deux grands aspects, préalable et a posteriori, de la protection des actionnaires en cas de fusion ou de scission de sociétés, il importe de définir, dans cette première partie, les notions et les principes que nous serons appelés à mettre en œuvre dans les deux suivantes.

Aussi notre premier chapitre aura-t-il pour objet de dégager les notions de fusion et de scission de sociétés. Nous consacrerons notre second chapitre à l'exposé, sur un plan général, du problème de la protection des actionnaires. Il nous restera alors, dans un chapitre III, à envisager les menaces que les opérations de fusion et de scission font peser sur les intérêts des actionnaires ou de certains d'entre eux, puisque notre propos sera, dans les deuxième et troisième parties de la présente étude, de rechercher des solutions juridiques susceptibles de parer à ces dangers.

CHAPITRE PREMIER

LES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS ANONYMES

9. Si les fusions et, à un moindre degré, les scissions de sociétés sont aujourd'hui fort courantes dans la vie des affaires, ces termes n'évoquent pas toujours dans les esprits des notions très précises. Du point de vue économique et dans le langage courant, les mots de fusion ou de scission peuvent recouvrir des opérations extrêmement diverses propres à réaliser des regroupements ou des divisions d'entreprises ou d'exploitations.

Du point de vue juridique, ces notions sont plus rigoureuses et plus étroites. Il ne s'agit pas là de distinctions purement académiques : la mise en œuvre de techniques juridiques différentes entraîne des conséquences différentes sur le plan de la procédure à suivre, sur le plan aussi de la fiscalité, et les intérêts menacés ou favorisés ne sont pas identiques selon qu'une concentration se réalise par une véritable fusion ou par quelque autre méthode qui maintienne en vie toutes les sociétés participant à l'opération. Il n'est donc pas inutile de rechercher ce qu'est précisément, au sens juridique, une fusion ou une scission de sociétés anonymes.

10. Le droit suisse ignore la scission comme institution juridique autonome. En revanche, les articles 748 et suivants CO consacrent la possibilité d'une fusion, par absorption ou par combinaison, de deux sociétés anonymes, et celle de l'absorption d'une société anonyme par une société en commandite par actions. L'article 914 CO régit également la fusion par absorption entre sociétés coopératives, et l'article 770 alinéa 3 CO l'absorption d'une société en commandite par actions par une autre société de même forme.

Le droit français actuel est plus large, puisqu'il ouvre la voie de la fusion ou de la scission à toutes les formes de sociétés. Pour rester dans le cadre de notre étude, nous ne prendrons cependant en considération que les opérations réalisées entre sociétés anonymes.

11. En deux sections, nous analyserons successivement la notion de fusion et celle de scission. Si le droit suisse et le droit français consacrent

crent tous deux une conception analogue de la fusion, qui nous permettra de ne pas distinguer entre les deux systèmes dans notre recherche d'une définition juridique de l'opération, nous verrons en revanche que la notion de scission se présente de façon assez différente en France, où elle est expressément prévue par la loi, et en Suisse où le code des obligations ne l'a pas réglementée.

Section I : LA FUSION.

12. Avant d'analyser la notion juridique de fusion des sociétés, nous devons tout d'abord examiner rapidement l'historique de cette institution dans les législations suisse et française. C'est en effet l'histoire de ces dispositions qui explique, à notre avis, la disparité existant entre un droit suisse ancien et partiel, et un droit français récent et plus complet parce qu'il a pu profiter des enseignements d'une longue jurisprudence.

§ 1^{er}. Historique de la fusion.

A. Historique de la fusion en droit suisse.

13. En droit suisse, la fusion des sociétés anonymes est connue depuis l'apparition du droit fédéral des obligations.

Si le projet Munzinger de 1864 l'ignorait encore, le projet du Conseil fédéral de 1876 consacra l'existence de la fusion par absorption, tout en précisant que « la cession de tout l'actif social à une autre société anonyme contre le paiement de ses dettes et la remise d'un nombre déterminé d'actions de la société cessionnaire » ne peut, sauf stipulation contraire, être décidée à la majorité par l'assemblée générale de la société cédante (art. 655 al. 3) ; l'unanimité était donc requise, à défaut de disposition statutaire spéciale. Lorsque l'absorption était décidée, l'article 690 du projet instituait l'administration séparée des patrimoines par le conseil d'administration de la société reprenante, « tant que les créanciers n'auront pas reçu des garanties suffisantes, à défaut de paiement ».

Le projet de juillet 1877 reproduisait celui de 1876, mais celui de juillet 1879, tout en conservant les dispositions des projets antérieurs quant à l'administration séparée des patrimoines, renonça au principe de l'unanimité pour la décision de fusion. L'article 637 alinéa 2 disposait en effet qu'« à moins de dispositions contraires dans les statuts, les décisions par lesquelles la société... fusionne avec une autre société, ne peuvent être

prises que dans une assemblée générale où les deux tiers au moins des actions sont représentées ».

A la suite d'un amendement adopté par le Conseil national le 18 décembre 1880, cette disposition fut assouplie : si, dans une première assemblée générale, les deux tiers des actions n'étaient pas représentés, une seconde assemblée pouvait être convoquée à trente jours au moins de la première, dans laquelle la fusion pouvait être décidée « encore qu'un tiers seulement des actions soit représenté ». Ce texte ainsi modifié devint l'article 627 alinéa 2 du Code fédéral des obligations de 1881. L'article 669 du même code reprenait en substance les dispositions des projets sur l'administration séparée des patrimoines.

14. Le droit de la fusion devait être remanié lors de la revision des titres 24 à 36 du Code des obligations en 1936. Le nouvel article 649 CO reproduit, pour la décision de fusion, l'exigence — sauf clause statutaire contraire — d'un quorum de présence des deux tiers de toutes les actions, réduit à un tiers sur seconde convocation. Le nouvel article 748 CO reprend et complète les dispositions antérieures sur l'administration séparée du patrimoine de la société absorbée, en prévoyant notamment que, tant que dure cette administration séparée, l'actif repris « est encore considéré comme celui de la société dissoute, dans les rapports entre les créanciers de celle-ci, la société reprenante et ses créanciers », et que « cet actif forme, dans la faillite de la société reprenante, une masse distincte et doit être employé, autant que de besoin, exclusivement à désintéresser les créanciers de la société dissoute ».

De plus, le nouvel article 749 CO régit, outre l'absorption, la fusion par combinaison, ou « réunion de plusieurs sociétés anonymes ».

Enfin, l'article 750 nouveau prévoit également l'absorption d'une société anonyme par une société en commandite par actions.

B. *Historique de la fusion en droit français.*

15. En France, la fusion est d'abord née de la pratique, sanctionnée par la jurisprudence, sans que le législateur consacre l'existence et la licéité de cette opération. Il fallut attendre jusqu'en 1902 cette consécration, et encore la fusion ne fut-elle reconnue, en quelque sorte, que de manière incidente. En effet, la loi du 9 juillet 1902, reprise par celle du 16 novembre 1903¹, modifiant l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, se bornait à introduire une exception au principe de la non-négociabilité des actions d'apport s'agissant des actions

¹ D.P. 1903.4.80.

créées « en cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes », lorsque ces actions étaient attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence.

L'article 10 de la loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateurs émises par les sociétés² prévoyait la consultation des porteurs de parts préalablement à la dissolution anticipée de la société « par suite de fusion ou pour toute autre cause ». L'article 20 du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection des obligataires³ soumettait à l'approbation de l'assemblée des obligataires « les propositions de la société débitrice relatives... à la fusion de la société avec une autre société. »

L'article 1^{er} de la loi du 16 novembre 1940, modifiée par la loi du 22 novembre 1954⁴, réglait le nombre des administrateurs de la société absorbante ou nouvelle en cas de fusion. Enfin, le décret du 7 décembre 1954⁵ modifia une nouvelle fois l'article 3 de la loi de 1867 en ce qui concernait la négociabilité des actions d'apport en cas de fusion.

En droit social, l'article 23 alinéa 8 du livre 1^{er} du Code du travail prévoyait, en cas de fusion, le maintien des contrats de travail liant la société absorbée.

En droit fiscal, enfin, divers textes ont prévu pour les fusions une fiscalité spécifique⁶, sans rien apporter cependant à la définition juridique de ces opérations.

En somme, tous ces textes, admettant l'existence de la fusion, en réglaient certains aspects sans en proposer pour autant une définition ni une réglementation d'ensemble.

16. Cette réglementation, c'est la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, complétée par son décret d'application du 23 mars 1967, qui devait l'établir. La section 4 du chapitre de la loi consacré aux « dispositions communes aux diverses sociétés commerciales dotées de la personnalité morale » traite, en effet, de la fusion et de la scission. Elle comprend les articles 371 à 389 et comporte, outre des dispositions générales, des dispositions propres aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée. Les textes correspondants du décret sont les articles 254 à 265.

² D.P. 1929.4.49.

³ D.P. 1935.4.415.

⁴ D. 1954.464.

⁵ D. 1954.483.

⁶ Sur le régime fiscal des fusions, voir, en particulier, Latscha, A4 et Annexe 14 ss ; A.N.S.A., brochure 109, brochure 160 ; Richard, J.C.P. 1971.I.2437 (Ed. N.).

§ 2. *La notion de fusion.*

17. Comme l'écrit Copper-Royer, « la fusion se comprend de deux sociétés comme de deux rivières qui réunissent leurs eaux, l'une gardant sa dénomination et se grossissant de l'autre, ou bien toutes deux s'amalgamant pour former une rivière exclusivement formée des deux eaux, rivière qui dorénavant aura dénomination nouvelle ». ⁷ Dans le premier cas, on parle de fusion par absorption ou par annexion, dans le second de fusion par combinaison, de fusion par création d'une société nouvelle ou encore de fusion proprement dite. En cas d'absorption, une ou plusieurs sociétés font apport de leur patrimoine à une société préexistante, qui seule subsiste. En cas de combinaison, deux ou plusieurs sociétés apportent leur patrimoine à une société nouvelle qu'elles créent pour leur succéder.

Le droit suisse et le droit français consacrent cette distinction, que connaissent également tous les systèmes juridiques qui réglementent la fusion ⁸. Les articles 748 et 749 CO traitent, en effet, l'un de la « reprise d'une société anonyme par une autre société de même espèce », l'autre de la « réunion de plusieurs sociétés anonymes ». Et l'article 371 alinéa 1^{er} de la loi française sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 (LSC) dispose : « Une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle par voie de fusion. »

18. Il est cependant clair que ces deux procédures ne sont que des modalités d'une même opération. Le résultat économique de la combinaison et celui de l'absorption sont identiques, et les mécanismes juridiques mis en œuvre sont les mêmes. Aussi se justifie-t-il de rechercher une définition générale de la fusion, qui englobe aussi bien la fusion par absorption que la fusion par création d'une société nouvelle.

Les textes légaux donnent certes de la fusion des éléments de définitions, ils en règlent partiellement la procédure. Il n'en reste pas moins qu'ils ne contiennent aucune définition générale, ni même aucune description précise du mécanisme de l'opération. Même en Suisse, où le Code des obligations connaît la fusion — au moins par absorption — depuis fort longtemps, le législateur a entendu réglementer certains aspects d'une

⁷ Copper-Royer, *Fusion*, p. 101.

⁸ Voir, en particulier, le § 339 de l'Aktiengesetz de 1965, l'art. 2501 du Code civil italien, l'art. 2 de la proposition de directive européenne sur l'harmonisation du droit des fusions (J.O. des Communautés européennes, N. C 89 du 14.7.1970, p. 20).

institution dont la pratique et la doctrine avaient déjà dégagé les éléments constitutifs.

19. Ces éléments constitutifs sont au nombre de quatre : la fusion est un contrat ; elle suppose l'apport, par une société au moins, de son patrimoine à une autre société, par voie de transmission universelle ; la ou les sociétés apporteuses se dissolvent sans liquidation ; enfin, l'opération entraîne une substitution des actions de la société reprenante aux actions de la société reprise, il y a continuité de l'actionnariat.

A. *Le caractère contractuel de la fusion.*

20. La fusion met en présence deux sociétés au moins, qui conviennent de leur union. Elle résulte donc d'un accord de volonté, d'un contrat entre les sociétés fusionnantes s'il s'agit d'une fusion par combinaison, entre la société destinée à être absorbée et la société absorbante s'il s'agit d'une absorption.

L'existence d'un contrat de fusion est expressément mentionnée, en Suisse, par les articles 748 chiffres 8 et 749 alinéa 3 CO, et en France, par les 374 LSC et 254 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales (DSC).

21. Par conséquent, on ne se trouve en présence d'une véritable fusion que si deux sociétés *préexistantes* au moins participent à l'opération, faute de quoi une convention est impossible⁹. Ainsi, ne constitue pas une fusion l'apport, par une seule société, de tout son patrimoine à une société nouvelle créée pour recevoir cet apport¹⁰.

Il a même été jadis jugé, en France, qu'en raison de son caractère contractuel, la fusion n'était possible qu'entre sociétés distinctes et qu'elle ne pouvait donc intervenir entre deux sociétés dont l'une était unique actionnaire de l'autre, un contrat étant alors inconcevable en l'absence de deux volontés distinctes et concordantes¹¹. Cette position, justifiable

⁹ Bürgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 12 ; Frehner, p. 12 ; Häberling, p. 28 ; Küry, p. 52 ; Lehmann, p. 16-17 ; Suter, p. 61 ; Zollkofer, p. 44. Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 30 ; Houpin et Bosvieux, II, n. 945-946 ; Hamel et Lagarde, I, n. 765 ; Mestdagh, p. 25 ss.

¹⁰ A.N.S.A., brochure 109, p. 9 ; Escarra, n. 933, p. 594 ; Hamel et Lagarde, I, n. 765. En jurisprudence : Civ. 28 janv. 1946, D. 1946.168 ; J.C.P. 1946.II.3102 ; S. 1949.I.17, note Tirlémont ; J.S. 1947.132 ; Civ. 18 janv. 1960, B.A. 1960.I.8176. *Contra* : Wahl, Précis de droit commercial, p. 387 ; Thaller, n. 702. En jurisprudence : Req. 21 juill. 1932, S. 1935.I.310 ; J.S. 1932.654 ; Rev. soc. 1933.41 ; Trib. com. Seine, 1^{er} oct. 1907, J.S. 1908.183.

¹¹ Trib. com. Seine, 20 janv. 1923, J.S. 1926.562 ; Rev. soc. 1927.315. Cf. Mestdagh, p. 27-28.

peut-être à l'époque où la réunion des actions en une seule main mettait fin à la société, ne saurait toutefois être admise ni en droit suisse, ni dans le droit français actuel. On sait en effet qu'en application de l'article 625 CO et de l'article 9 LSC — qui est plus net encore — la société à actionnaire unique subsiste et conserve sa personnalité autonome. Rien ne s'oppose donc à ce que naissent entre deux sociétés dont l'une détient le capital de l'autre des rapports contractuels, la reconnaissance aux sociétés anonymes de la personnalité morale faisant des deux entités des sujets de droit distincts. Le caractère contractuel de la fusion ne s'oppose donc pas à l'absorption d'une filiale par la société mère — voire à l'opération inverse — ou à leur réunion en une société nouvelle.

22. Certains auteurs ont pu voir une forme de fusion dans l'achat par une société de toutes les actions d'une autre, niant par là le caractère nécessairement contractuel de la fusion¹². Cette conception était rejetée en France par la doctrine dominante dès avant la loi de 1966¹³. Elle n'est plus soutenable aujourd'hui ni en France ni en Suisse. D'une part, la réunion de toutes les actions en une seule main n'entraînant pas la dissolution de plein droit de la société « achetée », celle-ci subsisterait et ne se « fondrait » pas dans la société acquéreuse, qui ne deviendrait qu'actionnaire de la première et non directement propriétaire de ses biens ; une absorption ultérieure serait nécessaire pour que les sociétés soient juridiquement réunies. D'autre part, nous verrons que la rémunération des apports des sociétés absorbées ou fusionnantes s'effectue nécessairement par la remise d'actions de la société absorbante ou nouvelle¹⁴, ce qui n'est normalement pas le cas lorsqu'il y a simple achat des actions d'une société par une autre¹⁵. Enfin — et cela est surtout vrai pour le droit français, plus complet que le droit suisse quant à la procédure de fusion — le législateur, en instituant une procédure propre à la fusion, interdit d'assimiler à celle-ci une opération à laquelle cette procédure ne saurait s'appliquer ; en effet, l'achat des actions d'une société par une autre n'exige normalement aucune des formalités prévues pour la fusion et n'a pas, notamment, à être approuvée par les assemblées générales de chacune des sociétés intéressées¹⁶.

¹² Houpin et Bosvieux, II, n. 946.

¹³ Voir les références citées in Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 29. Mestdagh, p. 30-31.

¹⁴ Voir *infra*, n. 33 ss.

¹⁵ Il n'est toutefois pas rare, notamment dans le cadre d'une offre publique d'achat, ou plutôt d'échange, que des actions de la société dont émane l'offre soient offertes, en échange de leurs titres, aux actionnaires de la société dont elle cherche à prendre le contrôle.

¹⁶ Dans l'affaire Cassegrain, la Cour de Rennes a cependant cru pouvoir affirmer qu'une cession de contrôle exigeait, compte tenu des circonstances de

23. Dire que les sociétés participant à la fusion doivent être préexistantes à l'opération, c'est aussi poser un problème plus délicat : ces sociétés peuvent-elles être déjà dissoutes pour une autre cause que la fusion, et conclure le contrat de fusion lorsqu'elles sont en liquidation ?

En droit français, la question est aujourd'hui partiellement résolue par l'article 371 alinéa 1^{er} LSC, qui dispose : « Une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ». Une société en liquidation peut donc, en droit français, être société apporteuse dans une opération de fusion, et il n'est pas utile de revenir sur les opinions divergentes exprimées à ce sujet par une partie de la doctrine avant la loi de 1966¹⁷. La question demeure seulement de savoir si la société absorbante peut, elle, être déjà dissoute.

Cette question paraît certes assez théorique, d'autant plus qu'une société en liquidation ne peut, en principe, renoncer à disparaître¹⁸. Après la fusion, la société absorbante devrait, par conséquent, poursuivre sa liquidation, qui porterait sur les patrimoines réunis des deux sociétés. Mais on peut imaginer par exemple, surtout s'il s'agit de petites sociétés, qu'une société mère absorbe sa filiale avant de disparaître, notamment lorsque l'activité de cette dernière est étroitement dépendante de celle de la société dissoute. Une telle opération n'a, à notre avis, rien d'impossible. S'il est exact qu'une société dissoute ne survit que pour les besoins de sa liquidation, il est tout à fait concevable que l'absorption d'une autre société — et notamment d'une filiale — permette une liquidation plus favorable. Il n'y a alors aucune raison de refuser une telle possibilité.

24. En droit suisse, la loi est muette sur la faculté, pour une société en liquidation, de participer à une fusion. Certains auteurs nient qu'une société dissoute puisse être absorbée ou se combiner avec une autre¹⁹. Ils constatent que la dissolution, sauf si elle résulte d'une fusion, de la reprise par une corporation de droit public ou de la transformation de la société anonyme en société à responsabilité limitée, a pour conséquence inéluctable la liquidation au sens des articles 739 et suivants CO (art. 738 CO). Pendant la liquidation, l'article 739 alinéa 2 CO restreint les

l'espèce, une décision de l'assemblée générale. Mais cette décision a été cassée par la Cour de cassation. Voir Rennes, 23 févr. 1968, J.C.P. 1969.II.16122 ; Cass. 21 janv. 1970, J.C.P. 1970.II.16451. En faveur de l'arrêt de Rennes, voir Houin, *Rev. trim. dr. com.* 1970, p. 738 ; Paillusseau et Contin, J.C.P. 1969.I.2287. En faveur de la Cour de cassation, voir Oppetit, J.C.P. 1970.I.2361.

¹⁷ Voir notamment Mestdagh, p. 37 ss.

¹⁸ Hamel et Lagarde, I, n. 758. Paris, 20 déc. 1948, J.C.P. 1949.II.5080, note Sarraute et Tager.

¹⁹ Fischer, *SJZ* 26, p. 146 ; Frehner, p. 12 ; Häberling, p. 40-41 ; Suter, p. 61-62.

pouvoirs des organes sociaux « aux actes qui sont nécessaires à cette opération et qui, de par leur nature, ne sont point du ressort des liquidateurs », et le Tribunal fédéral en conclut que l'assemblée générale n'a pas le pouvoir de révoquer la décision de dissolution²⁰. Il faudrait penser que la décision de fusionner ne rentre pas dans les pouvoirs des organes d'une société en liquidation, car la fusion signifie, contrairement à la liquidation, la continuation, sinon de la société, du moins de l'entreprise.

Ces arguments ne nous paraissent pas déterminants. Tout d'abord, la décision de fusion n'équivaut nullement à une révocation de la dissolution. On sait, en effet, que la fusion suppose la dissolution des sociétés absorbée ou fusionnantes ; loin d'être incompatible avec la fusion, la dissolution en est au contraire une étape nécessaire.

Il n'en est pas moins certain que, dès la dissolution, les pouvoirs des organes sociaux sont limités aux actes nécessaires à la liquidation et que la fusion, qui exclut la liquidation, peut difficilement être mise au nombre de ces actes. C'est dans le but de la limitation de pouvoirs de l'article 739 alinéa 2 CO que la solution doit être recherchée. D'après le Tribunal fédéral²¹, le législateur a entendu, par cette disposition, éviter que la structure de la société dissoute ne soit utilisée pour tourner les dispositions légales sur la fondation des sociétés anonymes ; ce que la loi a voulu éviter, c'est la vente du cadre d'actions après répartition des actifs sociaux entre les actionnaires. Or la fusion exclut la vente du cadre d'actions puisqu'elle suppose apport du patrimoine de la société dissoute et disparition de celle-ci. A. Küry en conclut qu'il n'y a aucune raison de refuser à une société en liquidation le droit de fusionner, aussi longtemps qu'aucun actif n'a été réparti entre les actionnaires²².

Sous l'empire de l'ancien code des obligations, le Tribunal fédéral avait admis que l'assemblée générale d'une société coopérative en liquidation avait pu valablement décider la cession de son actif et de son passif à une société anonyme en formation, moyennant l'attribution aux sociétaires, à leur choix, d'espèces ou d'actions de la société nouvelle²³. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral soulignait que la loi ne conférait pas aux sociétaires le droit de recevoir leur quote-part de liquidation en es-

²⁰ ATF 91.I.438 = JT 1966.I.366 ; dans cet arrêt, le TF ne tranche pas la question de savoir si une décision de l'assemblée générale peut révoquer la dissolution qui résulterait non d'une décision sociale antérieure mais, par exemple, de l'expiration du terme prévu par les statuts pour la durée de la société (art. 736 ch. 1 CO). En doctrine : Küry, p. 57, note 62 et les références citées ; Suter, p. 61, note 7 et les références citées. Pour une critique de la position du TF, voir Heberlein, p. 12 ss.

²¹ Praxis 27 (1938), N. 153.

²² Küry, p. 58 ; cet auteur exige cependant l'accord de tous les actionnaires, sans justifier son point de vue.

²³ ATF 42.II.155 = JT 1916.I.642.

pèces, et que la conversion des parts sociales en actions nouvelles était donc un mode de répartition valable. Ces arguments, que rien dans la réforme de 1936 ne vient contredire, nous paraissent justifier aussi bien la possibilité, pour une société anonyme en liquidation, d'être absorbée ou de fusionner avec une autre société ²⁴.

La doctrine suisse n'est pas non plus unanime sur la question de savoir si une société en liquidation peut intervenir comme société absorbante dans une fusion. Les arguments avancés par les adversaires d'une telle opération sont ceux que nous avons déjà rencontrés. Certains auteurs estiment l'absorption d'une autre société incompatible avec le but social après la dissolution, ce but étant la liquidation sauf dans les trois hypothèses visées à l'article 738 CO et déjà mentionnées ²⁵. D'autres l'admettent, notamment « si la société qui se liquide espère pouvoir le faire plus avantageusement après la fusion » ²⁶. Suter et A. Küry pensent que l'irrévocabilité de la dissolution interdirait à une société dissoute d'en absorber une autre ²⁷. A notre avis, en droit suisse comme en droit français, ce principe ne s'oppose nullement à ce qu'une société en absorbe une autre dans le cadre de sa liquidation, pourvu qu'elle ne renonce pas à disparaître une fois la fusion réalisée ²⁸.

B. *L'apport de patrimoine par transmission universelle.*

25. La fusion suppose nécessairement qu'une ou plusieurs sociétés font apport de leur patrimoine à une société préexistante ou nouvelle.

En cas de fusion par absorption, la société absorbée cède son patrimoine à la société absorbante. En cas de fusion par combinaison, ce sont les sociétés fusionnantes qui font apport de leur patrimoine à la société nouvelle.

26. Contrairement à l'article 339 de l'Aktiengesetz de 1965, les lois suisse et française ne précisent pas que le patrimoine social doit être transféré « dans sa totalité ». L'article 748 CO voit cependant dans l'absorption « le fait qu'une autre société anonyme reprend l'actif et le passif » de la société absorbée, et l'article 749 alinéa 1 CO définit la combinaison comme l'opération par laquelle plusieurs sociétés anonymes sont « ab-

²⁴ Dans le même sens; Bürgi, art. 748 CO, n. 42; Faessler, p. 18; Lehmann, p. 17; Pinösch, p. 54; F. von Steiger, p. 352; Zollikofer, p. 45.

²⁵ Küry, p. 56-57; Suter, p. 61. Adde Fischer, SJZ 26, p. 146. Pour Frehner, p. 12, une telle opération ne saurait, en règle générale, être envisagée.

²⁶ Faessler, p. 18. Dans le même sens, Lehmann, p. 17; Zollikofer, p. 44-45.

²⁷ Küry, p. 56-57; Suter, p. 61.

²⁸ Il faut toutefois signaler que l'hypothèse est plutôt théorique.

sorbées par une nouvelle société anonyme, de telle sorte que leurs biens passent sans liquidation dans l'actif de cette dernière » ²⁹.

En France, l'article 265 alinéa 1^{er} DSC dispose que « le patrimoine des sociétés absorbées ou fusionnées est dévolu à la société absorbante ou à la société nouvelle issue de la fusion, dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération ». Sans l'imposer expressément, ces textes laissent donc entendre que le transfert porte sur l'ensemble du patrimoine, actif et passif, de chaque société reprise.

La doctrine pratiquement unanime s'accorde à voir dans la fusion une transmission universelle portant sur l'ensemble du patrimoine de la société absorbée ou fusionnante ³⁰. « C'est un cas de *transmission du patrimoine global*, qui est possible parce que le titulaire de ce patrimoine disparaît » ³¹. Ainsi, c'est la disparition de la société apporteuse qui justifie le recours à une notion essentiellement forgée pour les cas de succession à cause de mort. Seule, en effet, la disparition d'un sujet de droit rend possible la transmission globale de son patrimoine, puisque le patrimoine est un attribut nécessaire de la personnalité juridique ³². Comme le légataire universel, la société reprenante a vocation à l'universalité du patrimoine de la société reprise ³³.

27. La société absorbante ou nouvelle reçoit tous les actifs, droits réels ou personnels, corporels ou incorporels, dont la société apporteuse est titulaire à la date de la fusion. Cela comprend, en premier lieu, tous les biens et les droits expressément prévus par le contrat de fusion. Mais, ayant vocation à l'universalité du patrimoine de la société reprise, la société reprenante recueillera également tous les droits qui pourraient

²⁹ Malgré la mauvaise rédaction du texte français, il ne fait pas de doute que ce ne sont pas seulement les biens des sociétés fusionnantes qui passent dans l'actif de la société nouvelle, mais bien leur patrimoine actif et passif qui passe dans le patrimoine de la société qu'elles constituent. La version allemande, plus exacte, emploie dans les deux cas le mot *Vermögen*.

³⁰ Bürgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 16 ; Faessler, p. 30 ; Frehner, p. 40 ; Häberling, p. 30-31 ; Küry, p. 54 ; Lehmann, p. 24 ss. ; F. von Steiger, p. 351-352. Baudeau-Bellargent, fasc. 164-A, n. 20 ; Ripert, Traité élémentaire, n. 1590 ss. ; Hamel et Lagarde, I, n. 767 ; Copper-Royer, Fusion, n. 1, p. 6 et 8 ; n. 33, p. 165 ; Wahl, Précis, p. 1176 ; A.N.S.A. brochure 109, p. 9 ; D. Rép. sociétés, Fusion, n. 8 ; Pic, Rev. soc. 1923, 450 ; Wahl, note S. 1912.2.297, notam. 298. En jurisprudence : Civ. 28 juin 1865, D. 1865.1.360 ; Req. 18 juil. 1865, D. 1866.1.88 ; Paris, 24 juin 1884, J.S. 1885.719 ; Rev. soc. 1884.496 ; Com. 13 févr. 1963, D. 1963.Somm.96. *Contra* : Zollikofer, p. 30 ss.

³¹ Ripert, *op. cit.*, n. 1592.

³² Mazeaud, Leçons, I, n. 287.

³³ C'est à tort que l'on a parfois parlé de fusion partielle lorsqu'une société n'apporte à une autre qu'une partie de son patrimoine. Il s'agit alors d'un simple apport partiel d'actif, n'entraînant aucun des effets de la fusion. Voir Copper-Royer, *op. cit.*, p. 9 ; Com. 13 février 1963, précité note 30.

naître ou se révéler, postérieurement au contrat de fusion, au profit de la société apporteuse³⁴.

28. Le principe de la succession universelle se manifeste aussi, et de manière analogue, sur le plan de la transmission du passif. La fusion ne rend pas exigibles les dettes à terme de la société reprise et la société reprenante devient « débitrice des créanciers de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard », précise l'article 381 alinéa 1 LSC ; comme pour les actifs, la transmission du passif ne se limite pas aux engagements prévus par le contrat de fusion, mais s'étend à tous les passifs, connus ou inconnus, de la société reprise³⁵. Il s'agit là d'une véritable cession de dettes, qui peut intervenir même contre la volonté des créanciers³⁶ et qui n'est concevable que dans le cadre de la transmission d'une universalité, plus particulièrement du patrimoine d'une personne physique — par succession à cause de mort — ou morale — par fusion³⁷. Dans un tel cas, la possibilité d'une cession de dettes se justifie par le fait que les biens qui constituaient le gage des créanciers passent au nouveau débiteur ; les créanciers sont d'autant moins menacés que la substitution de débiteur n'a pas, à leur égard, d'effet novatoire³⁸. Les sûretés que les créanciers possédaient dans la

³⁴ Latscha, B5 et 6. Ces actifs non prévus n'auront pas été pris en compte dans l'estimation de l'apport-fusion, qui se trouvera ainsi sous-évalué. On pourrait songer à reconnaître aux anciens actionnaires de la société reprise le droit d'agir en indemnité contre la société reprenante sur la base de l'enrichissement illégitime puisque, si l'actif omis a une certaine valeur, ils n'auront pas reçu toutes les actions auxquelles ils auraient eu droit. En tout cas, la responsabilité des administrateurs responsables de l'omission peut se trouver engagée à leur égard. Sur cette responsabilité pour sous-évaluation de l'apport, voir *infra*, n. 525, 532, 537 ss.

³⁵ Suter, p. 152. Latscha, B6. Avant 1966, il était fréquent, en France, que la société apporteuse conserve la charge de son passif et qu'elle l'acquitte soit au moyen d'actifs conservés dans ce but, soit par la réalisation d'une partie des actions d'apport remises par la société reprenante. Ces procédés paraissent aujourd'hui condamnés par l'art. 265 al. 1 DSC ; cf. Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 20.

³⁶ En France, c'est là une innovation de la loi de 1966 ; auparavant, la fusion leur était, conformément au droit commun inopposable. Voir notamment Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 5. En vertu de l'art. 381 LSC, les créanciers non obligataires de la société absorbée peuvent faire opposition à la fusion, mais le juge peut rejeter leur opposition. En droit suisse, la société reprenante devient seule débitrice des créanciers de la société reprise, mais elle doit, jusqu'à ce que ces créanciers aient été payés ou aient reçu des sûretés, administrer séparément le patrimoine repris, qui « est encore considéré comme celui de la société dissoute, dans les rapports entre les créanciers de celle-ci, la société reprenante et ses créanciers (art. 748 ch. 5 CO). Voir, pour la critique de ce système, Suter, p. 153 ss.

³⁷ Mazeaud, Leçons, II, n. 1283.

³⁸ Bürgi, art. 748 CO, n. 89. Art. 381 al. 1 LSC.

société reprise continuent donc à grever les mêmes biens entre les mains de la société absorbante ou nouvelle ^{38 bis}.

29. Succédant à la société reprise dans tous ses droits et toutes ses obligations, la société absorbante lui succède dans les contrats en cours ³⁹. Certes, lorsqu'il y a succession universelle, les droits et obligations essentiellement personnels s'éteignent avec leur titulaire et ne sont pas transmis à son ayant cause. Tout en admettant qu'en principe, cette règle s'applique en cas de fusion, on doit cependant constater qu'une personne morale n'a pas, au même degré qu'une personne physique, de droits et d'obligations si liés à sa personnalité qu'ils doivent être exclus du patrimoine transféré ⁴⁰. Les contrats conclus *intuitu personae* avec une société anonyme sont moins conclus en considération de sa structure juridique comme entité indépendante qu'en fonction de l'entreprise qu'elle constitue et qui subsiste après la fusion. Celui qui contracte avec une personne morale sait que ses statuts, son organisation, la composition de ses organes peuvent être modifiés ; en règle générale, une transformation interne de la structure de la société ou le fait que la majorité ou la totalité de ses actions change de mains n'affecte pas les contrats qui peuvent la lier à des tiers. La fusion ne représente pas un bouleversement plus grand de l'entreprise absorbée, et l'on doit admettre que les rapports contractuels considérés comme éminemment personnels conclus avec la société absorbée ne sont pas atteints, en principe, par la fusion et sont repris par la société absorbante ⁴¹.

Enfin, la société reprenante peut agir ou défendre en justice en lieu et place de la société reprise ; elle lui succède dans les instances pendantes.

30. La transmission universelle du patrimoine d'une société à l'autre s'opère de plein droit dès la réalisation de la fusion, tant à l'égard des tiers que des sociétés participant à l'opération. Ce caractère global du

^{38bis} Baudeau-Bellargent, fasc. 164-E, n. 52.

³⁹ Bürgi, art. 748 CO, n. 89; Suter, p. 33 ss.; Obergericht Zurich, SJZ 44 (1948), p. 144. Baudeau-Bellargent, fasc. 164-E, n. 42; Req. 16 avr. 1872, S. 1872.1.229.

⁴⁰ Küry, p. 74 ss.; Suter, p. 33 ss.

⁴¹ Frehner, p. 82-83; Küry, p. 75-76; Suter, p. 34-35. Sur la transmission par fusion de biens inaliénables, voir, dans le même sens, Cheminade, Rev. trim. dr. com. 1970, p. 33. Sur la transmission de parts de SARL (en cas de scission), voir Com. 19 avril 1972, D. 1972. Jurisprudence 538, note D. Schmidt. Sur le cas du bail commercial, voir l'art. 35-1 Det n. 53-960 du 30 nov. 1953 (mod. L. n. 66-538 du 24 juillet 1966 et L. 16 juil. 1971), et Boccara, La réforme des sociétés et le régime des baux commerciaux, J.C.P. 1967.I.2072; éd. C.I., 81023. Sur le maintien des contrats de travail en cours, voir l'art. 23 al. 8 Livre 1^{er} Code du travail; *adde* Cass. Soc. 21 oct. 1964, D. 1965.240; Cass. Soc. 22 mars 1962, J.C.P. 1962.II.12717; Cass. Soc. 16 déc. 1972, D. 1972.276. Sur les droits des tiers en général voir Biasca, Gaz. Pal. 1969.1.86.

transfert rend inutile tout acte particulier et toute forme spéciale pour la transmission des divers droits et obligations pris isolément. C'est ainsi que les créances sont transférées sans cession et les dettes sans consentement des créanciers⁴², que les engagements contractuels n'ont pas à être réitérés par la société reprenante⁴³ et le cocontractant, que les immeubles sont transférés sans aucune forme particulière⁴⁴.

La succession universelle met en lumière le principe de continuité qui domine la fusion : si la société, simple forme juridique, disparaît, l'entreprise continue^{44 bis}. De là l'absence de liquidation de la société apporteuse, malgré sa dissolution.

C. La dissolution sans liquidation de la société reprise.

31. Qu'il s'agisse d'absorption ou de combinaison, la fusion a pour conséquence la dissolution de la société ou des sociétés reprises. Toute fusion entraîne donc disparition de l'une au moins des sociétés participant à l'opération.

Cette disparition des sociétés absorbée ou fusionnantes est de la nature même de la fusion. Si une personne morale « se fond » dans une autre ou avec une autre, ce ne peut être qu'en cessant d'exister comme entité distincte. Si la société absorbante ou nouvelle succède en tous points à la société reprise, c'est parce que celle-ci disparaît. En droit suisse, l'ar-

⁴² Bùrgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 15 ; Häberling, p. 121-122 ; Küry, p. 76 ; F. von Steiger, p. 357 ; Suter, p. 128. En droit français, la question de savoir si la cession de créance doit être notifiée aux débiteurs cédés, conformément à l'art. 1690 C. civ., était discutée et la jurisprudence contradictoire ; voir Baudeu-Bellargent, fasc. 164-E, n. 41 ; *adde*, en faveur de l'application de l'art. 1690 C. civ., Angers, 30 mai 1961, D. 1962. Somm. 86 ; mais la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment pris contre l'application de l'art. 1690 C. civ. une position qui, compte tenu de l'art. 265 DSC, devrait désormais s'imposer ; voir Civ. 7 mars 1972, J.C.P. 1972.II.1988 (éd. C.I.) ; D.S. 1972.545 ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 654, note Houin. Il semble que la publicité spéciale prévue, pour l'apport d'un fonds de commerce, par l'art. 7 L. 17 mars 1909, ne s'applique pas en cas de fusion ; voir Rép. min. n. 9747, J.O. Déb. Ass. nat. 7 mars 1970, p. 546.

⁴³ Comp. Com. 4 mars 1969, J.C.P. 1969.II.15949 ; non réitération des engagements valablement pris par un SARL ultérieurement transformée en SA.

⁴⁴ Bùrgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 15. En droit français, on considère cependant que le contrat de fusion doit être passé en la forme authentique lorsque l'apport comprend un immeuble, mais c'est seulement afin de permettre l'accomplissement des formalités de publicité foncière ; voir *infra*, n. 274. En droit suisse, l'inscription du transfert au registre foncier ne revêt, en cas de fusion, qu'un effet déclaratif au sens de l'art. 656 al. 2 CCS ; Suter, p. 128.

^{44bis} « Or, c'est la continuité d'entreprise et pas autre chose qui justifie l'analyse de « transmission de biens à titre universel » sur laquelle la jurisprudence fondait ses solutions en matière de fusions, comme c'est elle qui a déterminé le législateur à les reprendre. » Champaud, Rev. trim. dr. com. 1967, p. 514 (note sous Trib. grande instance Seine 30 mars 1966).

ticle 748 CO définit d'ailleurs l'absorption comme l'opération par laquelle « une société anonyme est dissoute par le fait qu'une autre société anonyme reprend l'actif et le passif »⁴⁵.

En France, la jurisprudence et la doctrine ont maintes fois affirmé le principe de la dissolution de la société reprise⁴⁶. Si la loi sur les sociétés commerciales ne l'énonce pas expressément, il résulte à l'évidence de la conception générale de l'opération telle qu'elle est aujourd'hui réglementée. On peut d'ailleurs remarquer que cette dissolution résulterait de toute manière, dans la plupart des cas, du jeu normal de l'article 1865 chiffre 2 C. civ. : l'apport privant la société des actifs nécessaires à son exploitation, la poursuite du but social est compromise et la société se trouve dissoute *ipso facto*⁴⁷.

La dissolution peut, comme on l'a vu, être antérieure à la fusion puisque des sociétés déjà dissoutes peuvent fusionner⁴⁸. En dehors de ce cas, la dissolution résulte de la décision prise par l'assemblée générale : la décision sociale approuvant la fusion est à la fois décision d'apport et décision de dissolution. Puisque la dissolution de la société est une conséquence automatique de la fusion, puisque la fusion est en elle-même une cause de dissolution, il n'y a pas lieu de distinguer entre la décision de fusion et une décision séparée de dissolution qui devrait être prise par l'assemblée générale⁴⁹. Il en résulte que la dissolution de la société apporteuse ne saurait être postérieure à la fusion⁵⁰.

Impliquant la disparition de l'une au moins des sociétés intéressées, la fusion se distingue d'une part de l'apport partiel d'actif de l'article 383 LSC ou de la cession de patrimoine de l'article 181 CO, et d'autre part de toutes les formes analogues de concentration économique : prise de contrôle, participations réciproques, groupes de sociétés, ententes, etc.

⁴⁵ Bürgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 12-13 ; Frehner, p. 39-40 ; Häberling, p. 28-30 ; Küry, p. 53 ; Suter, p. 62-64 ; F. von Steiger, p. 351.

⁴⁶ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-A, n. 22 ; Copper-Royer, *op. cit.*, n. 20 ; Mestdag, p. 32 ; Pic, Rev. soc. 1923.453 ; Siméon, p. 7 ; Houpin et Bosvieux, II, n. 945 ss. ; Ripert, Traité élémentaire, n. 1590 ss. Req. 16 avril 1872, S. 1872.1.229 ; D. 1873.1.73 ; Civ. 26 avr. 1880, D. 1880.1.207 ; S. 1881.1.5 ; J.S. 1880.235 ; Req. 9 nov. 1887, S. 1888.1.449, note Labbé ; D. 1888.1.202 ; J.S. 1888.107 ; Civ. 4 juil. 1893, S. 1893.1.373 ; Paris, 20 mars 1891, J.S. 1892.78 ; Rev. soc. 1891.520 ; Lyon, 14 mai 1901, J.S. 1902.31 ; Trib. civ. Pau 28 mars 1933, J.S. 1930.102. *Contra* : Cheminade, Rev. trim. dr. com. 1970, p. 15 ss., pour qui la société apporteuse se poursuit, mais « englobée sous la personnalité morale de la société absorbante ou de la société nouvelle » (p. 23).

⁴⁷ Mestdag, p. 60.

⁴⁸ Voir *supra*, n. 23-24.

⁴⁹ Suter, p. 96-97.

⁵⁰ *Contra* : Copper-Royer, *op. cit.*, n. 20, p. 92 ; Req. 21 juill. 1932, S. 1935.1.310 ; J.S. 1932.654.

32. Mais le propre de la dissolution par fusion est qu'elle n'entraîne pas de liquidation⁵¹. La note marginale des articles 748 et suivants CO range ces dispositions sous la rubrique générale « dissolution sans liquidation ». et l'article 749 alinéa 1^{er} CO précise qu'en cas de combinaison, les biens des sociétés fusionnantes « passent sans liquidation dans l'actif » de la société nouvelle. Il ne s'agit pas, en effet, de liquider une entreprise mais de la faire changer de mains. L'absence de liquidation est le corollaire nécessaire du transfert de patrimoine avec actif et passif par succession universelle⁵².

Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à la nomination de liquidateurs⁵³. Les actifs de la société reprise ne sont pas réalisés, mais transmis à la société reprenante. La société absorbée ou fusionnante peut disparaître avant que ses créanciers soient désintéressés, puisque la société absorbante ou nouvelle succède à leur égard à leur débitrice originaire⁵⁴. Enfin, les actionnaires de la société dissoute ne vont pas recevoir une part de liquidation, mais conserver leur qualité d'actionnaire dans la société reprenante.

D. *La continuité de l'actionnariat.*

33. Puisque la société absorbée fait apport de son patrimoine à la société absorbante et disparaît, le problème se pose de savoir comment cet apport sera rémunéré, comment les actionnaires de la société qui disparaît seront désintéressés. C'est un trait caractéristique de la fusion que la rémunération de l'apport de patrimoine par des droits sociaux au sein

⁵¹ Bürki, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 14 ; Frehner, p. 7-8 ; Küry, p. 54 ss. ; F. von Steiger, p. 352 ; Suter, p. 64-65. Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 70. Hamel et Lagarde, I, n. 766, parlent de « dissolution sans partage ». En jurisprudence : Com. 26 juin 1961, Gaz. Pal. 1962.I.63.

⁵² L'art. 39 al. 1 LSC dispose cependant : « La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit. » Cheminade, *op. cit.*, p. 19, y voit une preuve de plus que la fusion n'emporte pas dissolution de la société apporteuse, puisqu'il est clair qu'elle n'entraîne pas sa liquidation.

⁵³ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 70. Latscha, F4 et 5, envisage la nomination d'un « délégué spécial » chargé de contrôler le règlement du passif par la société reprenante ; cette nomination ne se justifie plus depuis 1966, cf. Baudeu-Bellargent, *loc. cit.*

⁵⁴ En droit suisse, l'art. 748 ch. 7 CO retarde cependant la radiation de la société absorbée ou de chacune des sociétés fusionnantes jusqu'à ce que ses créanciers aient été payés ou aient reçu des sûretés. Si la société cesse d'exister dès réalisation de la fusion et que seule sa radiation est retardée, le maintien de l'inscription d'une société disparue n'a aucun sens. Si la disparition de la société absorbée est retardée jusqu'à sa radiation, il faudrait admettre qu'elle subsiste sans patrimoine, sans associés et sans organes puisque la fusion est déjà réalisée (sur le moment de la réalisation de la fusion, voir *infra* n. 438 ss.), ce qui n'est pas plus satisfaisant. Aussi la plupart des auteurs critiquent-ils l'art. 748 ch. 7 CO. Voir F. von Steiger, p. 356 ; Suter, p. 170.

de la société reprenante. La fusion opère substitution, entre les mains de l'actionnaire, d'actions de la société reprenante à celles de la société reprise ; il y a échange d'actions et continuité de l'actionnariat, en ce sens que les actionnaires de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes demeurent actionnaires, mais d'une autre société ⁵⁵.

34. Si le Code des obligations ne fait pas directement de l'échange d'actions un élément de la définition de la fusion, l'article 748 chiffre 8 CO dispose que, « une fois la dissolution inscrite, les actions de la nouvelle société destinées à désintéresser les actionnaires de la société dissoute sont remises à ceux-ci conformément aux clauses du contrat de fusion ». De même, l'article 749 alinéa 3 chiffre 4 CO prévoit qu'en cas de fusion par combinaison, « les actions de la nouvelle société sont... remises, conformément au contrat de fusion, en échange des anciennes ».

En droit français, l'article 373 LSC envisage l'augmentation des engagements des actionnaires du fait de la fusion, l'article 379 LSC dispose que, « lorsque la fusion est réalisée par voie de création d'une société nouvelle », les actionnaires des sociétés fusionnantes « peuvent se réunir de plein droit en assemblée générale constitutive de la société nouvelle issue de la fusion ». Les articles 254 et 255 DSC mentionnent « le rapport d'échange des droits sociaux » parmi les mentions obligatoires du projet de fusion et de l'avis dont ce projet doit faire l'objet.

Toutes ces dispositions montrent bien que le législateur, tant français que suisse, considère la continuité de l'actionnariat comme un élément de la fusion, d'accord en cela avec une doctrine pratiquement unanime dans les deux pays. La fusion se distingue ainsi de la cession forfaitaire d'actif — opération qui peut intervenir dans le cadre d'une liquidation — et de toute autre forme d'aliénation du patrimoine rémunérée par des espèces, qui constitue simplement une vente ⁵⁶.

35. Cette continuité de l'actionnariat est l'un des aspects de la continuité de l'entreprise, qui caractérise la fusion. Sous une organisation différente, l'entreprise subsiste, avec tous les rapports juridiques qu'elle comporte. Par la fusion, la société reprenante succède « corps et biens » à la société reprise, elle la continue tant par rapport à son patrimoine que par rapport à ses membres ⁵⁷.

⁵⁵ Amrein, SAG 35, p. 351 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 93 ; Faessler, p. 32-33 ; Fischer, SJZ 26, p. 146 ; Frehner, p. 21 ; Küry, p. 53-54 ; Mellinger, p. 32-33 ; Suter, p. 66. Baudeu-Bellargent fasc. 164-A, n. 24 ; Copper-Royer, *op. cit.*, p. 6 ; Auger, Rev. soc. 1925, p. 54 ; Hamel et Lagarde, I, n. 765 ; Mestdagh, p. 39 ss. ; A.N.S.A., brochure 109, p. 9. Req. 2 juill. 1873, S. 1873.1.306 ; Trib. civ. Seine, 14 mai 1892, Rev. soc. 1893.34.

⁵⁶ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 24 ; Pic, Rev. soc. 1923, p. 447.

⁵⁷ Bürgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 17.

La continuité de l'actionnariat est liée au transfert universel de patrimoine et à l'absence de liquidation. En effet, la société reprise n'étant pas liquidée, l'opération ne fait apparaître aucune part de liquidation qui pourrait être distribuée aux actionnaires. D'autre part, si le législateur permet à une société de disparaître sans liquidation préalable, c'est parce que l'entreprise, elle, ne disparaît pas mais change de mains. Ce mécanisme suppose un transfert universel qui s'oppose à toute « perte de substance » du patrimoine transmis servant de gage aux créanciers⁵⁸, donc à toute répartition en espèces ou en créances entre les actionnaires de la société absorbée.

36. Il faut reconnaître que ces motifs techniques ne s'opposeraient pas, en cas d'absorption, à un désintéressement des actionnaires de la société reprise par l'attribution d'espèces prélevées sur les biens de la société reprenante ou d'obligations émises par cette société. Mais une telle exclusion des actionnaires de la société reprise se heurterait au principe de la continuité de l'entreprise. Il semble que l'on doive analyser la fusion contre des espèces en une vente des actifs sociaux et la fusion contre des obligations en une vente à terme⁵⁹. La conséquence en serait l'absence de succession universelle et la nécessité d'une liquidation de la société reprise, à laquelle devrait être attribuée, dans un premier temps, la contrepartie de l'apport, et qui ne pourrait la distribuer à ses actionnaires qu'à titre de part de liquidation. En effet, les actionnaires ne peuvent être légalement privés de leur qualité que par une dissolution suivie d'une liquidation en bonne et due forme.

En droit suisse, la possibilité d'une fusion contre des bons de participation est incertaine^{59 bis}. Rappelons qu'un problème analogue s'est jadis posé, en France, à propos des parts de fondateurs ; tandis que MM. Houpin et Bosvieux admettaient une fusion contre de tels titres, un auteur y voyait une vente à caractère aléatoire⁶¹. Quoi que les bons de participation aient parfois été assimilés à de véritables actions sans droit de vote⁶², il n'en reste pas moins que leurs porteurs n'ont pas, en droit

⁵⁸ Suter, p. 69-70.

⁵⁹ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 24, 26 ; Mestdagh, p. 41. *Contra* : Escarra, n. 933, qui admet la fusion contre des obligations.

^{59bis} Bürgi, Vorbem. art. 748-750 CO, n. 25, met cette question au nombre de celles que le législateur devrait résoudre dans l'hypothèse d'une révision du droit de la SA en général ou du droit de la fusion en particulier.

⁶⁰ Houpin et Bosvieux, II, n. 945 ; *adde* Escarra, n. 933. *Contra* : Hamel et Lagarde, I, n. 765 ; A.N.S.A., brochure 109, p. 9 ; Auger, Rev. soc. 1925, p. 54.

⁶¹ Mestdagh, p. 42.

⁶² Hirsch, ZSR 85.II, p. 26. Les propositions de révision partielle du droit des sociétés anonymes émanant du groupe de travail pour l'examen du droit des

positif, la qualité d'associés. Aussi pensons-nous qu'une véritable fusion contre des bons de participation n'est pas possible dans l'état actuel de notre droit.

En revanche, la doctrine suisse considère que la rémunération en actions peut être complétée par une soulte en espèces afin de faciliter, dans certains cas, le calcul du taux d'échange des actions⁶³, et une telle possibilité doit également être admise en droit français. En l'absence d'une disposition limitant, comme en droit allemand⁶⁴, le montant de la soulte à un certain pourcentage de la valeur nominale des actions attribuées, la difficulté est évidemment de fixer un plafond à ces rémunérations en espèces⁶⁵. Du moins ne doivent-elles pas battre en brèche le principe de la continuité de l'actionnariat, sous peine de faire perdre à l'opération son caractère de fusion et, du même coup, le bénéfice de la dispense de liquidation et, en droit français, du régime fiscal de faveur. Nous pensons que l'attribution de titres autres que des actions peut être admise dans les mêmes limites que celle des soultes en espèces⁶⁶.

37. Rémunéré par l'attribution de droits sociaux, l'apport de la société absorbée ou fusionnante est donc normalement un véritable apport en société au sens strict du mot⁶⁷ : il sert à libérer le capital de la société nouvelle ou le montant de l'augmentation de capital de la société absorbante. Relevons cependant que la doctrine suisse admet aujourd'hui la licéité d'une absorption sans augmentation de capital, en particulier lorsque la société absorbante possède de ses propres actions en nombre suffisant pour désintéresser les actionnaires de la société absorbée, ou

sociétés anonymes institué en 1968 par le Département fédéral de justice et police vont dans le sens d'une assimilation des bons de participation aux actions, et le rapport intérimaire du président et du secrétaire du groupe de travail, publié en 1972, souligne que dans la réglementation proposée, les bons de participation « ne confèrent pas un droit de créance mais de sociétariat » (p. 147). Sur la nature juridique du bon de participation dans le droit en vigueur, voir l'ouvrage de P. Henggeler.

⁶³ Amrein, SAG 35, p. 357 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 57 ; Faessler, p. 33 ; Frehner, p. 78-79 ; Küry, p. 53 ; Mellinger, p. 34 ; Suter, p. 129 ; Zollikofer, p. 19-21. *Contra* : Fischer, SJZ 26, p. 147 ; Lehmann, p. 31 ss.

⁶⁴ § 344 al. 2 Aktiengesetz.

⁶⁵ Pour une limitation fondée sur l'origine des fonds employés, voir Frehner, p. 78-79, et Suter, p. 129.

⁶⁶ Sur l'attribution, avant 1966, de parts de fondateurs, voir notamment Auger, Rev. soc. 1925, p. 54. Sur l'attribution d'obligations, voir Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 28.

⁶⁷ *Contra* : Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 37-38, qui soulignent que l'apport en nature porte toujours sur des biens déterminés et que l'opération est par conséquent toujours à titre particulier, contrairement à la fusion qui porte globalement sur tout un patrimoine.

lorsqu'elle détient la totalité des actions de cette dernière⁶⁸. Dans la seconde hypothèse en tout cas, la même solution s'impose en droit français⁶⁹.

38. S'il faut maintenant proposer une définition précise de la fusion, nous dirons qu'elle est un contrat entre deux ou plusieurs sociétés, par lequel elle conviennent de s'unir en une seule, cette réunion s'opérant par le transfert universel du patrimoine d'une ou plusieurs de ces sociétés, qui disparaissent, soit à l'une des sociétés participantes, soit à une société constituée à cette fin, dont les actions se substituent à celles de la société ou des sociétés disparues.

Section II : LA SCISSION.

39. La scission d'une société anonyme est une opération plus rare que la fusion, avec laquelle elle présente de grandes analogies. Peut-être est-ce la raison pour laquelle elle est inconnue de la plupart des législations⁷⁰. La loi française du 24 juillet 1966 la régit cependant, alors que le code suisse des obligations n'en fait pas mention. Aussi nous attacherons-nous, après un très bref historique, à dégager la notion de scission par référence au droit français. Ce n'est qu'une fois bien délimités les contours de cette institution que nous pourrions nous interroger sur sa licéité en droit suisse.

§ 1^{er}. Historique de la scission.

40. Le droit suisse ignorant cette institution, seul le droit français nous intéresse ici.

Comme la fusion, la scission est née de la pratique et, si l'on fait abstraction de quelques dispositions fiscales, elles-mêmes postérieures à la dernière guerre, soumettant les scissions au régime des fusions⁷¹, le

⁶⁸ Bürgi, Vorhem. art. 748-750 CO, n. 21-22 ; Faessler, p. 50 ; Frehner, p. 58-59 ; Küry, p. 77 ss. ; Lehmann, p. 35 ss. ; F. von Steiger, p. 353 ; Suter, p. 67 ss. ; Zollikofer, p. 61 ss.

⁶⁹ Sur la situation, en droit français, en cas de possession de ses propres actions par la société reprenante, voir *infra* n. 245.

⁷⁰ A notre connaissance, aucune législation européenne, autre que la législation française, ne prévoit la scission.

⁷¹ Voir en particulier A.N.S.A., brochure 109, p. 54 ss. Sur les textes fiscaux ultérieurs, voir A.N.S.A., Brochure 160 ; Latscha, R1 ss., Z33 ss. ; Richard, J.C.P. 1971.I.2437 (Ed. N.).

premier texte en la matière est le décret n° 54-1226 du 7 décembre 1954 modifiant l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867. Encore cette disposition ne vise-t-elle pas expressément la scission, mais prévoit-elle, comme en cas de fusion et sous les mêmes conditions, la négociabilité immédiate des actions d'apport attribuées « en cas d'apport par une société de partie de ses éléments d'actif à une autre société ».

La scission est aujourd'hui réglementée, comme la fusion, par les articles 371 à 389 de la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, et les articles 382 à 386 lui sont exclusivement consacrés. Les dispositions de la loi sont complétées par les articles 254 à 265 DSC, qui visent conjointement les fusions et les scissions.

§ 2. *La notion de scission en droit français.*

41. Aux termes de l'article 371 alinéas 2 et 3 LSC, une société « peut aussi faire apport de son patrimoine à des sociétés existantes et participer avec celles-ci à la constitution de sociétés nouvelles, par voie de fusion-scission. — Elle peut enfin faire apport de son patrimoine à des sociétés nouvelles, par voie de scission. » La scission au sens large peut donc revêtir plusieurs formes.

La *scission proprement dite* est la division du patrimoine d'une société entre plusieurs sociétés créées pour recevoir ces apports.

La *fusion-scission*, qu'il vaudrait mieux appeler scission-fusion⁷², est tout d'abord la division du patrimoine d'une société entre plusieurs sociétés préexistantes. Le mécanisme juridique est alors analogue à celui de la fusion par absorption et nous baptiserons cette opération, par commodité, *fusion-scission par absorption*.

Une seconde catégorie de *fusion-scission* peut être appelée *fusion-scission par combinaison*, en raison de son analogie avec la fusion par combinaison. Elle consiste dans la division du patrimoine de la société scindée entre plusieurs sociétés nouvelles dont chacune est créée pour recevoir, outre l'apport de la société démembrée, un apport total ou partiel d'une autre société préexistante.

Bien entendu, ces diverses techniques peuvent se combiner. Nous nommerons *fusion-scission mixte* l'opération par laquelle une société fait apport d'une partie de son patrimoine à une société préexistante, et d'une

⁷² Baudou-Bellargent, fasc. 164-G, n. 1. Après avoir, à l'article 371, distingué entre la scission et la fusion-scission, le législateur de 1966 ne parle d'ailleurs plus que de scission, « par apports à des sociétés anonymes existantes » (art. 382) et « par apports à des sociétés anonymes nouvelles » (art. 383).

autre partie à une société nouvelle créée pour recevoir, outre cet apport, celui d'une autre société préexistante.

Enfin, la *scission mixte* pourra consister, pour la société qui se scinde, à faire apport d'une partie de son patrimoine à une société nouvelle destinée à recevoir ce seul apport, et d'une partie à une société préexistante ou constituée conjointement avec l'apport d'une autre société préexistante ⁷³.

La notion de scission *lato sensu* recouvre donc des opérations assez diverses, mais qui se caractérisent toutes par l'éclatement d'une société qui fait apport de tout son patrimoine à des sociétés différentes. Aussi est-il possible de dégager une notion générale de la scission, quitte à préciser, chemin faisant, les caractéristiques propres aux diverses opérations comprises sous cette dénomination.

42. Nous suivrons, dans l'analyse de la notion de scission, une démarche parallèle à celle que nous avons adoptée pour la fusion, ce qui nous permettra de faire ressortir tant les analogies que les différences existant entre les deux institutions. Les éléments constitutifs de la scission sont, dans cette optique, les suivants : la scission est un acte juridique unilatéral ou contractuel ; elle suppose la division du patrimoine d'une société par apports simultanés à deux ou plusieurs sociétés, par voie de transfert à titre universel ; la société scindée se dissout sans liquidation ; enfin, la scission entraîne la substitution des actions des sociétés bénéficiaires des apports aux actions de la société démembrée.

A. *Le caractère unilatéral ou contractuel de la scission.*

43. Contrairement à la fusion, qui est un contrat, la scission est un acte juridique soit unilatéral soit contractuel, selon qu'elle se réalise au bénéfice de sociétés nouvelles ou de sociétés préexistantes.

En cas de *scission proprement dite*, c'est-à-dire réalisée par apports à des sociétés anonymes nouvelles créées pour recevoir ces apports, l'opération est, aux termes de l'article 383 LSC, « décidée par l'assemblée générale extraordinaire de la société scindée ». C'est la société appelée à se scinder, seule en cause, qui prend l'initiative de l'opération, qui décide de la constitution des sociétés nouvelles — qui peuvent être formées par le seul apport issu de la scission ⁷⁴ — et du montant de l'apport à faire à

⁷³ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 16, voient là une variété de fusion-scission. Mais la terminologie importe peu puisque le législateur n'y attache aucune conséquence juridique ; *ibid.*, n. 17.

⁷⁴ Art. 383 al. 2 LSC.

chacune d'elles. Si l'une des sociétés nouvelles doit recevoir, outre l'apport issu de la scission, d'autres apports, ce sont les mandataires de la société scindée qui agiront comme fondateurs et recueilleront les souscriptions ⁷⁵.

44. En cas de *fusion-scission par absorption*, la société qui veut se scinder doit auparavant s'entendre avec chacune des sociétés préexistantes qui doivent absorber une partie de son patrimoine, tout comme en cas de fusion par absorption. Un projet de scission doit alors être établi par les administrateurs ou le directeur des diverses sociétés intéressées et ratifié par leurs assemblées générales, ces ratifications rendant parfait le contrat de scission ⁷⁶. L'article 382 LSC renvoie d'ailleurs expressément aux dispositions relatives à la fusion « lorsque la scission doit être réalisée par apports à des sociétés anonymes existantes ».

On peut se demander, dans un tel cas, quelles sont les parties au contrat de scission ou, plus précisément, s'il y a un ou plusieurs contrats. La société qui se scinde faisant plusieurs apports distincts à des sociétés différentes, on pourrait, en effet, concevoir qu'elle conclue avec chacune de ces sociétés des conventions d'apport séparées, complétées par un projet unilatéral de scission soumis à la seule assemblée générale de la société scindée. Mais on pourrait aussi imaginer que toutes les sociétés participant à l'opération soient parties à un même traité de scission.

L'ancien article 718 du Code général des impôts semblait avoir en vue la première méthode lorsqu'il exigeait que les apports à titre de scission résultent de conventions prenant effet à la même date pour les diverses sociétés qui en étaient bénéficiaires. Mais la doctrine paraît envisager une convention de scission unique ⁷⁷. L'article 374 LSC ne vise d'ailleurs que « le projet de contrat » et les articles 254 et 255 DSC traitent de la publicité du « projet de fusion ou de scission ». Il faut remarquer qu'en fait, la scission constitue une seule opération dont les différents éléments ne peuvent être séparés et que, du fait de la solidarité établie, sauf clause contraire, entre les sociétés bénéficiaires des apports par l'article 385 DSC, chacune de ces sociétés a un intérêt certain à connaître la situation des autres sociétés. Aussi pensons-nous qu'un traité de scission unique et tripartite (au moins) est seul licite.

⁷⁵ Voir *infra* n. 429 pour le cas de la fusion par combinaison comportant des apports extérieurs.

⁷⁶ Voir *infra*, II^e partie, Ch. I, n. 258 ss.

⁷⁷ Froessel, Scissions, p. 35 ss. ; Siméon, p. 44 ss. *Adde* : Dict. permanent du droit des affaires, 2^e partie, p. 409, formulaire de traité de scission.

⁷⁸ Latscha, Z24.

Même si l'on admettait la possibilité de conventions d'apport distinctes, chacune d'elles — et la décision unilatérale de scission — serait soumise à la condition suspensive de l'approbation des autres conventions d'apport par les sociétés intéressées ⁷⁸.

45. Plus délicat est le cas de l'opération que nous avons baptisée *fusion-scission par combinaison*. Les apports résultant de la scission sont alors faits à des sociétés anonymes nouvelles comme en cas de scission proprement dite. Cependant, l'apport de la société scindée participe avec un apport effectué par une autre société préexistante à la constitution de chacune des sociétés nouvelles. Il faut donc se demander si l'opération constitue une scission « par apports à des sociétés anonymes nouvelles », décidée, en vertu de l'article 383 LSC, par la seule assemblée générale de la société scindée ; ou s'il faut reconnaître à ce procédé un caractère contractuel, par analogie soit avec la fusion-scission par absorption, soit avec la fusion par combinaison.

On voit que le mécanisme de la constitution des sociétés nouvelles issues de la scission est le même qu'en cas de fusion par combinaison. Chaque société nouvelle est formée des apports de deux sociétés au moins et les actions d'apport de chaque société nouvelle sont attribuées aux actionnaires des sociétés apporteurs — ou tout au moins de la société scindée. La différence est qu'en cas de fusion-scission, l'apport de la société scindée est seulement partiel. Mais l'analogie nous paraît convaincante et les intérêts en présence sont les mêmes qu'en cas de fusion par combinaison. Aussi admettons-nous le caractère contractuel de la fusion-scission par combinaison.

Mais ici se pose à nouveau le problème de savoir si une convention de scission unique doit être conclue avec les diverses sociétés préexistantes participant à l'opération, ou si la société scindée peut conclure avec chacune d'elles une convention séparée, complétée par une décision de scission unilatérale. Comme en cas de fusion-scission par absorption, et pour les mêmes raisons, la première formule nous paraît seule admissible.

46. Reste le cas des *scissions mixtes*, qui se réalisent par des apports simultanés à des sociétés nouvelles et à des sociétés préexistantes. On pourrait songer alors à une décision unilatérale de scission complétée par des conventions entre la société scindée et les sociétés préexistantes, conventions qui n'auraient pour objet que l'apport réalisé à la société cocontractante ou la création de la société nouvelle issue de l'apport de la société scindée et de celui d'une autre société préexistante. Cependant, en raison du caractère indivisible de l'opération de scission et de la res-

ponsabilité solidaire de l'article 385 LSC, nous pensons que la scission mixte est contractuelle et que l'ensemble des opérations qui la composent doit être prévu par un traité de scission auquel sont parties toutes les sociétés préexistantes intéressées.

B. *Les apports à plusieurs sociétés et le transfert à titre universel.*

47. Quelles qu'en soient les modalités, la scission suppose la division du patrimoine d'une société par apports à deux ou plusieurs sociétés. Par la scission, une société se divise, elle éclate. La scission s'analyse en deux ou plusieurs apports partiels du patrimoine social, l'originalité de l'opération étant que la somme de ces apports absorbe l'intégralité de ce patrimoine⁷⁹, tout comme l'apport-fusion porte sur tout l'actif et tout le passif de la société reprise.

Encore faut-il préciser que ces apports ne sont pas indépendants les uns des autres et que la scission constitue une opération d'ensemble. Si une société effectue, sur une période de plusieurs années, divers apports à d'autres sociétés, le dernier apport englobant le solde de son patrimoine, on sera en présence de divers apports partiels d'actif indépendants, suivis, le cas échéant, d'une fusion.

Doit-on admettre, dès lors, que tous les apports issus de la scission sont nécessairement simultanés ? A notre avis, la simultanéité s'impose⁸⁰ du fait que, comme nous le verrons, la scission entraîne l'échange des droits sociaux des actionnaires de la société scindée contre des droits analogues dans les sociétés reprenantes. Des apports successifs supposeraient autant de réductions de capital de la société apporteuse.

Les divers apports doivent faire l'objet d'un projet ou d'un traité de scission unique et d'une décision de la société scindée portant sur l'ensemble de l'opération.

48. Alors que la fusion opère, comme on l'a vu, une transmission universelle, la doctrine admet en général que les sociétés bénéficiaires de la scission sont les ayants cause *à titre universel* de la société scindée⁸¹. Mais il n'est pas sans intérêt de remarquer que la scission emporte transmission universelle du patrimoine de la société scindée à l'ensemble des sociétés bénéficiaires des apports, car cela mettra en lumière les analogies avec la fusion.

⁷⁹ Froessel, *Scissions*, p. 22.

⁸⁰ Baudou-Bellargent, fasc. 164-G, n. 88-89 ; Latscha, P5.

⁸¹ Froessel, *Scissions*, p. 25 ; Latscha, P2, P5.

Tout comme la société absorbée passe « corps et biens » à la société absorbante, la société scindée passe « corps et biens » aux diverses sociétés bénéficiaires de la scission. Ces dernières prennent, à l'égard des actionnaires de la société scindée, la place de celle-ci ; elles reçoivent également tous les actifs et passifs de la société scindée, qu'ils soient ou non prévus par le traité de scission.

Reprenant les principes des articles 380 et 381 relatifs à la fusion, l'article 385 de la loi sur les sociétés commerciales dispose : « les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non obligataires de la société scindée, au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard » ⁸².

Ainsi, l'ensemble des sociétés bénéficiaires a, comme la société reprenante en cas de fusion, vocation à l'universalité du patrimoine de la société scindée.

49. Quant à la répartition interne de ce patrimoine entre les diverses sociétés bénéficiaires des apports, l'article 625 alinéa 2 DSC précise qu'elle « est faite selon les modalités fixées par le projet de scission ». Il est évident, en effet, que l'on ne saurait appliquer ici les principes de la succession à titre universel, qui supposerait un partage du passif entre les sociétés reprenantes au prorata des actifs reçus ⁸³, et que le partage tant de l'actif que du passif est purement conventionnel ⁸⁴.

La scission est le plus souvent la consécration juridique d'une séparation économique préexistante ou embryonnaire au sein de l'entreprise scindée ; elle vise d'ordinaire à une spécialisation des tâches plus qu'à la création d'entités concurrentes aux activités analogues ⁸⁵. Aussi chaque société reprenante recevra-t-elle, en général, une exploitation déjà plus ou moins distincte, avec son actif et son passif. Mais rien n'empêche de prévoir, dans le contrat de scission, qu'une seule société prendra en charge tout le passif ⁸⁶.

⁸² L'art. 386 LSC permet cependant d'écarter cette solidarité ; les créanciers non obligataires de la société scindée peuvent alors former opposition à la scission dans les conditions et sous les effets prévus à l'art. 381 LSC ; voir, sur ce point, Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 97. Comme en matière de fusion, il était fréquent, avant 1966, que la société scindée conserve la charge de son passif pour faire des apports francs et quittes aux sociétés reprenantes ; voir Froessel, Scissions, p. 82 ss. ; ces pratiques paraissent condamnées, aujourd'hui, par l'art. 265 al. 2 DSC.

⁸³ Art. 870-871 C. civ.

⁸⁴ Latscha, P1.

⁸⁵ Froessel, Scissions, p. 15-17 ; *supra*, n. 4.

⁸⁶ Froessel, Scissions, p. 85.

La situation est très délicate lorsque se révèlent des éléments actifs ou passifs non envisagés par le traité de scission, et dont nous avons admis qu'ils passaient, en vertu du principe de la succession universelle, à l'ensemble des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission. Comme l'écrit M. Latscha, « si la scission comporte l'apport aux sociétés bénéficiaires de deux exploitations bien distinctes, le rattachement à l'une ou à l'autre devra pouvoir se faire en bonne logique. — Mais seule une rédaction prudente des actes de scission permet de préparer une solution à cette situation, qui sinon risquerait d'être sans issue »⁸⁷. Si pourtant les parties n'ont pas fait preuve de toute la prévoyance souhaitable et qu'un rattachement logique se révèle impossible, il faudrait sans doute admettre les conséquences de la transmission à titre universel et répartir l'élément actif ou passif imprévu entre les sociétés bénéficiaires, au prorata de leur part dans l'actif net issu du démembrement de la société scindée⁸⁸.

C. *La dissolution sans liquidation de la société scindée.*

50. Comme la fusion, la scission entraîne dissolution de la société apporteuse⁸⁹. C'est, en effet, le propre de cette opération de réaliser un éclatement complet de la société qui se scinde⁹⁰.

Par conséquent, il n'y a pas de scission lorsqu'une société apporte une partie de son patrimoine à d'autres sociétés tout en en conservant une part, ou lorsqu'après avoir fait apport de tout son patrimoine à d'autres sociétés, elle conserve les actions d'apport émises par ces dernières et se transforme en société holding.

Comme en cas de fusion, la dissolution de la société appelée à se scinder peut être antérieure à la scission⁹¹. En dehors de ce cas, elle

⁸⁷ Latscha, P2.

⁸⁸ Sans doute serait-il utile d'introduire, dans le contrat de scission, une clause prévoyant le recours à un arbitrage pour l'attribution des actifs ou passifs non expressément prévus. On peut également stipuler que tout élément actif ou passif non prévu sera repris par l'une des sociétés bénéficiaires des apports désignée dans le contrat ; d'après Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 2 et 95, c'est là la pratique habituelle ; dans cette hypothèse, on ne peut plus parler, comme le soulignent ces auteurs, d'un transfert à titre universel que pour l'apport fait à cette dernière société, les autres sociétés reprenantes recevant un apport à titre particulier. Du point de vue de la société qui se scinde, il s'agit toujours, cependant, d'une transmission universelle ; fasc. 164-A, n. 21.

⁸⁹ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 22, fasc. 164-G, n. 2 ; Froessel, Scissions, p. 20, 26-27 ; Latscha, P1.

⁹⁰ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-A, n. 41.

⁹¹ L'art. 371 LSC ouvre la voie de la scission à « une société, même en liquidation ».

résulte de la décision de scission prise par la société, la décision sociale approuvant la scission étant à la fois décision d'apports et décision de dissolution. Par conséquent, la dissolution ne saurait être postérieure à la scission.

51. Tout comme la fusion, la scission entraîne une dissolution sans liquidation puisque, en application du principe de la succession universelle des sociétés bénéficiaires des apports à la société scindée, l'actif et le passif de celle-ci passent aux premières.

D. *La continuité de l'actionnariat.*

52. La scission d'une société entraîne, entre les mains de ses actionnaires, la substitution, à ses actions, d'actions des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission⁹². Mutatis mutandis, la scission se rapproche donc, là encore, de la fusion, et il serait inutile de reprendre ici tous les problèmes soulevés à propos de cette dernière opération.

Retenons que les apports issus de la scission ne peuvent être rémunérés que par des droits faisant partie du capital des sociétés bénéficiaires de ces apports, et que ces titres doivent être distribués aux actionnaires de la société scindée au prorata de leurs droits dans cette dernière société. A propos de la scission proprement dite, l'article 383 alinéa 2 in fine LSC prévoit expressément que « les actions émises par les sociétés nouvelles sont alors directement attribuées aux actionnaires de la société scindée ».

53. Si le mécanisme est le même que celui de la fusion, une difficulté supplémentaire naît du fait qu'il n'y a plus une, mais plusieurs sociétés dont les actions d'apport doivent être distribuées aux actionnaires de la société dissoute. Aussi le problème de la répartition des actions est-il particulièrement épineux. En effet, les actions des diverses sociétés bénéficiaires n'ont pas toutes la même valeur économique, et l'opération doit aboutir à l'attribution aux actionnaires de droits proportionnels à ceux qu'ils possédaient dans la société scindée.

Normalement, chaque actionnaire devra recevoir des actions de chacune des sociétés bénéficiaires, de manière que la répartition des chances et des risques soit égale pour tous⁹³. Mais il est évident que, sur

⁹² Baudeau-Bellargent, fasc. 164-A, n. 24, fasc. 164-G, n. 91 ; Latscha, P2 ; Siméon, p. 13.

⁹³ Voir *infra*, n. 225.

le plan pratique, une telle répartition est très difficile à réaliser, surtout pour les petits porteurs qui ne possédaient pas toujours dans la société scindée une participation suffisante pour recevoir un « jeu » complet d'actions des sociétés bénéficiaires.

En outre, certaines scissions sont réalisées *ratione personae*, leur but étant de dissocier les intérêts de deux ou plusieurs groupes d'actionnaires antagonistes au sein de la société scindée⁹⁴. Dans un tel cas, une répartition proportionnelle à tous les actionnaires de la société scindée des actions de chacune des sociétés bénéficiaires de la scission irait à l'encontre du but poursuivi. L'attribution à chaque groupe des actions d'une société déterminée risque alors de compromettre l'égalité des actionnaires de la société scindée.

Ce sont là des problèmes que nous aurons l'occasion d'approfondir plus loin⁹⁵.

54. En conclusion, nous définirons la scission comme l'acte juridique par lequel une société fait apport à titre universel de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou constituées à cette fin, moyennant l'attribution à ses actionnaires d'actions desdites sociétés ; la scission entraîne la dissolution sans liquidation de la société qui se scinde.

Cette définition et les développements qui l'ont précédée font apparaître les analogies existant entre les opérations de fusion et de scission. Si, à première vue, ces deux institutions sont antinomiques, puisque l'une suppose la réunion de deux ou plusieurs sociétés en une seule alors que l'autre consiste dans la division d'une société en plusieurs autres ou entre plusieurs autres, il apparaît que les mécanismes mis en œuvre sont les mêmes.

Dans les deux cas, on retrouve, en effet, un ou plusieurs apports d'une universalité par une ou plusieurs sociétés à une ou plusieurs autres, apports rémunérés par des actions de la ou des sociétés bénéficiaires qui sont attribuées aux actionnaires de la ou des sociétés apporteurs, celles-ci disparaissant.

Aussi certains auteurs n'ont-ils voulu voir dans la scission qu'une variété de fusion⁹⁶. De même, le législateur fiscal accorde aux opéra-

⁹⁴ Baudou-Bellargent, fasc. 164-G, n. 9 ss. ; Froessel, Scissions, p. 18.

⁹⁵ Voir *infra*, Ch. III, en particulier n. 225.

⁹⁶ Voir notamment, pour la scission par apports à des sociétés préexistantes, Vasseur, p. 50-51.

tions de scission — sous réserve, aujourd'hui, d'un agrément ministériel — le bénéfice du régime de faveur prévu pour les fusions⁹⁷.

Si, en fait, les différences entre les deux institutions sont évidentes, ne serait-ce que sur le plan économique, les analogies suffisent à justifier une étude conjointe de la fusion et de la scission. D'autre part, l'existence de mécanismes juridiques semblables doit entraîner l'adoption de solutions analogues sur le plan de la protection des actionnaires, qui fait l'objet de notre travail.

§ 3. *La scission et le droit suisse.*

55. Le Code des obligations ne prévoit pas la possibilité de réaliser la scission d'une société anonyme et la doctrine, à notre connaissance, ne s'est pas encore penchée sur ce problème.

Remarquons d'emblée que des considérations fiscales rendraient de toute manière, à l'heure actuelle, une scission difficilement réalisable. Nous laisserons de côté cet aspect du problème, en considérant que si le droit civil permet une opération déterminée dont l'utilité se fait sentir sur le plan économique, il appartiendra aux législateurs fiscaux — fédéral et cantonaux — de prendre les mesures appropriées pour rendre cette opération possible dans la pratique.

Nous nous demanderons tout d'abord dans quelle mesure et comment une scission de société anonyme peut être réalisée dans l'état actuel de notre droit, avant d'examiner les solutions qui, de lege ferenda, nous paraissent devoir être adoptées.

A. *La réalisation d'une scission en droit positif.*

56. L'étude de la scission en droit français nous a permis de mettre en lumière les analogies de cette institution avec la fusion. Aussi pourrait-on songer à rechercher dans le droit de la fusion les moyens de réaliser en Suisse une scission de société.

Il faut cependant remarquer que les dispositions relatives à la fusion, en dispensant la société apporteuse de procéder à sa liquidation et en prévoyant un transfert universel qui comporte notamment une reprise de dettes privative sans consentement des créanciers, dérogent au droit commun. Nous serions donc très hésitants à admettre qu'elles puissent

⁹⁷ Voir, sur le régime fiscal, Latscha, R1 ss., Z33 ss. ; A.N.S.A., brochure 109, p. 54 ss. ; brochure 160, p. 19 ; Richard, J.C.P. 1971.I.2437 (Ed. N.).

être appliquées par analogie à la scission. Si la fusion opère reprise de dettes sans ou contre la volonté des créanciers de la société reprise, c'est du reste parce que tout le patrimoine qui leur servait de gage passe au nouveau débiteur et continue à garantir leurs créances. Il n'en va pas de même en cas de scission, le patrimoine de la société débitrice se trouvant divisé entre les diverses sociétés bénéficiaires des apports.

Pour la même raison, il n'est pas non plus question d'envisager une application directe — et non plus analogique — des règles de la fusion à *chacun* des apports réalisés aux diverses sociétés reprenantes.

57. Il faut donc chercher ailleurs les moyens de réaliser une opération répondant à la définition de la scission, tout en soulignant d'emblée qu'une telle opération ne saurait, en droit positif, éviter la liquidation de la société scindée. Si l'on réduit la scission du droit français à ses deux éléments essentiels, on constate, d'une part, qu'elle consiste pour une société à céder à deux ou plusieurs autres des fractions de son patrimoine dont la somme en absorbe l'intégralité et, d'autre part, que les actions rémunérant ces apports sont réparties entre les actionnaires de la société cédante. Comment réaliser, en droit suisse, une opération répondant à ces deux caractéristiques ?

1. *La cession d'éléments du patrimoine social.*

58. Rien n'empêche une société anonyme de céder à une autre certains éléments de son patrimoine, qu'il s'agisse d'une vente, d'un échange contre des actions existantes ou d'un véritable apport effectué en libération d'actions nouvelles émises à l'occasion de la constitution d'une société ou de l'augmentation de capital d'une société préexistante. Rien ne s'oppose non plus, la question de l'organe compétent pour en décider demeurant réservée, à ce qu'une société effectue plusieurs apports ou plusieurs cessions absorbant l'ensemble de son patrimoine.

On sait que la scission est normalement la consécration juridique d'une division économique préexistante au sein de la société qui se scinde. Chaque apport de patrimoine fait à des sociétés nouvelles ou déjà existantes porte donc, en général, sur un ensemble de droits et d'obligations plus ou moins structuré. On en vient donc tout naturellement à envisager l'application, à chacun des apports résultant de la scission, des dispositions de l'article 181 CO relatif à la cession de patrimoine ou d'entreprise.

59. Pour que l'article 181 s'applique, il faut que les biens transmis constituent, sinon un patrimoine, une entreprise ou un fonds de commerce,

du moins un complexe de biens présentant une certaine autonomie, un *Sondervermögen* ⁹⁸. Tel sera bien le cas, en règle générale, lors d'une scission : la société qui se scinde fait apport à deux sociétés de départements ou de branches d'activité distincts.

Il faut, d'autre part, un acte de cession entre le cédant et le reprenant. Cette cession peut notamment prendre la forme d'une vente, mais aussi d'un échange ou d'un apport en société ⁹⁹. L'apport résultant d'une scission répond ainsi à cette deuxième condition d'application de l'article 181 CO.

La troisième condition est la communication de la cession aux créanciers du cédant ¹⁰⁰. Conformément à l'article 181 CO, il appartiendra à chaque société reprenante — ou à la société cédante agissant comme représentante de celle-ci — de porter la cession à la connaissance des créanciers de l'exploitation reprise, c'est-à-dire de ceux dont la créance se rattache logiquement et économiquement à cette exploitation, et ce soit par des communications privées, soit par une ou plusieurs publications.

60. Les effets de la cession de patrimoine de l'article 181 CO diffèrent sensiblement de ceux de la transmission de patrimoine qui intervient dans le cadre d'une fusion ou dans celui d'une scission en droit français. La première, en effet, n'entraîne pas de succession universelle ¹⁰¹.

Entre les parties, elle produit des effets purement obligationnels et ne dispense pas d'une tradition respectant les formes exigées pour chaque droit ou obligation pris isolément ¹⁰². Seuls sont transmis les droits et les obligations envisagés par l'acte de cession, à l'exclusion de ceux que les parties auraient omis ou ignorés ¹⁰³.

A l'égard des tiers, débiteurs ou créanciers, l'étendue de la reprise dépend de la communication qui leur est faite. A défaut de réserves publiées, le reprenant devient titulaire, à l'égard des tiers, de tous les droits et de toutes les obligations attachés au fonds cédé à la date de la communication ¹⁰⁴. En cas de scission, une attention particulière devra donc être apportée à la rédaction de la communication, afin de déterminer

⁹⁸ Des Gouttes, p. 11 ; Buchli, p. 10 ; Oser-Schönenberger, art. 181 CO, n. 5.

⁹⁹ Des Gouttes, p. 136.

¹⁰⁰ Des Gouttes, p. 36 ; Buchli, p. 34 ; Oser-Schönenberger, art. 181 CO, n. 8.

¹⁰¹ Des Gouttes, p. 26.

¹⁰² Von Tuhr, p. 778 ; Des Gouttes, p. 26.

¹⁰³ Des Gouttes, p. 51, 55, 77. *Contra* : Von Tuhr, p. 781, en ce qui concerne les dettes.

¹⁰⁴ Des Gouttes, p. 48-49 ; von Tuhr, p. 781.

avec précision les actifs et les passifs transmis à chaque société reprenante.

En ce qui concerne le passif du fonds transmis, l'article 181 CO institue certes une reprise de dettes sans consentement des créanciers, mais cette reprise de dettes n'est que cumulative durant deux ans à dater de la communication faite aux créanciers. Jusqu'au terme de ce délai, le cédant reste solidairement responsable avec le reprenant du passif pris en charge par ce dernier. Ce n'est pas là une condition d'application de l'article 181 CO, mais un effet. Aussi ne saurait-on écarter cette responsabilité solidaire du cédant en disant que la société qui se scinde disparaît et ne peut conserver de passif¹⁰⁵. La responsabilité solidaire résulte de la cession de patrimoine publiée et, à notre avis, impose la survie de la société démembrée.

L'application de l'article 181 CO à chacun des apports résultant de la scission peut parfois poser des problèmes.

61. Il n'y a pas de difficulté si la société appelée à se scinder désire faire à diverses sociétés des apports francs et quittes de toute charge et régler elle-même son passif. Si le transfert de fonds est publié — et cette publication sera utile pour rendre opposable aux tiers la transmission des créances — la publicité devra mentionner d'une part les actifs conservés par la société démembrée (ou énumérer de manière exhaustive les actifs transférés), et d'autre part l'exclusion de toute responsabilité des reprenants pour les dettes de la société cédante¹⁰⁶.

62. La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de mettre tout le passif social à la charge d'une seule des sociétés bénéficiaires des apports. La solution est simple lorsque seule la part de patrimoine transmise à la société grevée du passif constitue une exploitation, un *Sondervermögen*. Si une société apporte ses immeubles à une autre et son exploitation commerciale à une troisième, seul ce dernier apport sera soumis à l'article 181 CO, et les dettes sociales suivront logiquement le sort des actifs faisant partie du fonds de commerce.

63. Lorsqu'en revanche ce sont deux exploitations formant chacune une entité qui sont transférées chacune à une société différente, peut-on reconnaître aux créanciers dont les créances se rattachent à l'une des exploitations une prétention contre la société ayant repris l'autre exploi-

¹⁰⁵ Voir, en sens contraire, la jurisprudence du Tribunal fédéral examinée *infra*, n. 66.

¹⁰⁶ A défaut de ces mentions, les créanciers de la société cédante seraient fondés à poursuivre la société reprenante. Voir *supra*, note 104.

tation ? On pourrait objecter à cela qu'une reprise de dette, même cumulative, suppose le consentement du créancier, et que l'article 181 CO ne déroge à ce principe que pour les dettes attachées au fonds de commerce ou à l'entreprise cédée, étant entendu que le passif ne peut être transmis qu'au reprenant des actifs correspondants. Nous pensons cependant que l'article 181 CO a pour but la protection des créanciers : sans perdre leur ancien débiteur, ils en acquièrent un nouveau en la personne de celui qui reprend le patrimoine qui leur servait de gage entre les mains de leur débiteur originaire. Si la société A transfère une partie de son exploitation à une société B et que cette dernière, par des réserves publiées ou par l'absence de toute publication, s'exonère de tout passif alors que l'ensemble de celui-ci est pris en charge par la société C qui reprend l'autre partie de l'exploitation de A, ce serait porter injustement préjudice aux créanciers de l'exploitation transmise à B que de leur refuser toute prétention contre C, sous le prétexte que la reprise de dettes ne peut avoir d'effet que pour le passif logiquement et économiquement rattaché à l'exploitation reprise par le nouveau débiteur. Remarquons que l'application de l'article 181 CO ne menace en rien les intérêts des créanciers puisque le délai de déchéance de deux ans dont est assortie la responsabilité solidaire du cédant ne commence à courir, à l'égard des créances non encore exigibles au moment de la communication de la cession, qu'à compter de leur exigibilité. Aussi faut-il, à notre avis, admettre la possibilité, pour la société qui se scinde, de mettre tout le passif à la charge d'une seule des sociétés bénéficiaires des apports.

64. Une autre difficulté peut se présenter quant à l'application de l'article 181 CO, lorsque chacun des apports faits à d'autres sociétés par la société qui se scinde ne formait pas, jusqu'à la scission, une entité économique, un *Sondervermögen*, mais résulte de la constitution plus ou moins arbitraire, par la société démembrée de deux ou plusieurs masses d'actifs et de passifs. Cette situation peut se rencontrer, en cas de scission *ratione personae*, lorsqu'il s'agit de séparer deux groupes d'actionnaires antagonistes en divisant l'entreprise sociale. On peut hésiter, dans un tel cas, à appliquer l'article 181 CO, conçu pour la cession d'un patrimoine ou d'un fonds de commerce. En refuser l'application conduirait toutefois à dénier aux créanciers tout droit contre les sociétés reprenantes, ce qui serait contraire à la fois à l'intérêt de ces créanciers et à la volonté des sociétés parties à la scission. Appliquer l'article 181 CO revient à donner aux créanciers une prétention contre l'une ou l'autre des sociétés bénéficiaires des apports sans pour autant les priver de leurs droits contre la société démembrée. Aussi faut-il considérer, à notre avis, qu'on est en présence d'un *Sondervermögen* susceptible d'être transféré dans les

conditions de l'article 181 CO, dès lors que certains actifs et certains passifs sont, par la scission, transmis à une autre société.

65. En conclusion, nous admettons donc le recours à l'article 181 CO pour chacun des apports faits à d'autres sociétés par la société qui se scinde. On peut aussi se demander s'il ne convient pas d'envisager l'ensemble des apports de la société scindée comme une seule cession de patrimoine au sens de l'article précité. Cette interprétation conduirait à considérer les sociétés bénéficiaires des apports comme un seul reprenant et à les rendre solidairement responsables du passif repris, indépendamment de la répartition adoptée dans les rapports internes. Une telle solution apparaît souhaitable en raison de la protection plus satisfaisante qu'elle assure aux créanciers. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966 — mais peut-être sous l'influence de ce texte, déjà promulgué — la Cour de cassation française avait jugé que les sociétés bénéficiaires des apports d'une société anonyme scindée sont les ayants cause à titre universel de cette dernière dès lors qu'il résulte de la convention de scission que la société dissoute n'a conservé aucun actif et que tout son passif est pris en charge et réparti entre les sociétés bénéficiaires ; la Cour suprême en concluait que celles-ci étaient *reponsables solidaires* de tout ledit passif, y compris les dettes dont la mention a été omise sur l'inventaire de celles nominativement reprises en charge par les intéressées¹⁰⁷.

Il n'est sans doute pas impossible que le Tribunal fédéral adopte un jour une position voisine de celle-ci. Mais il convient de se montrer prudent à cet égard. D'une part, la solidarité ne se présume pas et ne peut résulter que de la loi ou de la convention des parties¹⁰⁸. D'autre part, la société apporteuse ne disparaît pas du fait de ses apports mais demeure, pendant deux ans, solidairement tenue à l'égard des créanciers. Enfin, dans le système de l'article 181 CO, les créanciers du cédant n'acquièrent contre le reprenant que les droits qu'ils peuvent déduire de la communication qui leur est faite de la cession. Une rédaction prudente de cette dernière, en marquant la volonté des sociétés reprenantes de refuser toute responsabilité solidaire, suffirait à exclure cette solidarité.

66. Les apports aux sociétés reprenantes dans les termes de l'article 181 CO n'entraînent pas ipso facto la disparition de la société démembrée. Celle-ci devra se dissoudre et se liquider conformément au droit commun, puisque l'article 738 CO ne dispense une société dissoute de procéder à

¹⁰⁷ Com. 7 décembre 1966, J.C.P. 1967.II.15240 ; D.S. 1968.113, note Dalsace.

¹⁰⁸ Rappelons qu'en droit français, la solidarité est au contraire de règle en matière commerciale. Voir notamment Didier, p. 19-20 et les références citées.

sa liquidation qu'en cas de fusion, de reprise par une corporation de droit public ou de transformation en société à responsabilité limitée. Aussi longtemps que subsiste un passif, la société scindée survit, en état de liquidation si elle a décidé sa dissolution.

Or un passif reste à sa charge non seulement lorsqu'elle a choisi de le régler elle-même pour faire aux sociétés reprenantes des apports nets de toute dette, mais aussi, conformément à l'article 181 alinéa 2 CO, lorsqu'elle a transmis son passif avec son actif. En effet, aux termes de cette disposition, « l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant deux ans avec le nouveau ; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité ». Ce passif peut être éteint soit par le paiement des créanciers, que ce soit par la société démembrée ou par l'une ou plusieurs des sociétés reprenantes, soit par le consentement de chaque créancier à une reprise de dette privative conclue avec la société qui a repris la dette considérée, soit enfin par l'expiration du délai de deux ans à compter de l'exigibilité de la créance transmise la plus tardivement exigible. Ce n'est qu'une fois le passif ainsi apuré que la société scindée peut disparaître et être radiée du registre du commerce.

La jurisprudence du Tribunal fédéral pourrait faire douter du bien-fondé de cette solution. A deux reprises, nos juges suprêmes ont affirmé que l'article 181 CO prévoyant la responsabilité solidaire du cédant n'était pas applicable lorsqu'une société cédait à une autre corporation ses actifs et ses passifs et que, dans ce cas, « la responsabilité cumulative des deux débiteurs pendant deux ans est exclue en raison de la disparition de l'ancien débiteur »¹⁰⁹. Mais l'opération sur laquelle le premier arrêt, du 4 novembre 1931,¹¹⁰ a statué était en réalité une véritable fusion, et si le Tribunal fédéral a hésité à l'admettre, c'est uniquement parce qu'elle s'était réalisée par l'attribution d'actions préexistantes de la société reprenante. Dans la deuxième espèce, du 8 septembre 1961,¹¹¹ une société coopérative avait, avant de faire apport de son patrimoine à une association créée pour lui succéder, respecté la procédure de liquidation et adressé un appel à ses créanciers, à la suite duquel aucune créance n'avait été produite. Dans les deux cas, il s'agissait du transfert de l'ensemble du patrimoine social à une seule personne morale et les actifs servant de gage aux créanciers n'étaient donc pas divisés. Aussi pensons-nous que cette jurisprudence est sans application en cas de scission et que la responsabilité cumulative de la société démembrée s'impose ici.

¹⁰⁹ JT 1932.I.458.

¹¹⁰ ATF 57.II.528 = JT 1932.I.456.

¹¹¹ ATF 87.I.301 = JT 1962.I.126 (résumé).

2. *L'attribution d'actions des sociétés bénéficiaires aux actionnaires de la société scindée.*

67. En droit français, la transmission universelle du patrimoine de la société scindée aux sociétés bénéficiaires et l'absence de liquidation de la société démembrée permettent de reconnaître aux actionnaires de celle-ci un droit direct à l'attribution des actions des sociétés reprenantes émises en contrepartie des apports reçus. Il en va de même, en droit suisse comme en droit français, en cas de fusion.

Mais en droit suisse, nous venons de voir que la société scindée conserve un passif et doit se conformer à la procédure de liquidation des articles 739 et suivants CO. Elle ne saurait, par conséquent, aliéner ses actifs sans contrepartie, ou plutôt en stipulant que la contrepartie doit être, sous forme d'actions, remise directement à ses actionnaires. Les actions des sociétés bénéficiaires des apports doivent donc être attribuées à la société démembrée elle-même, dans le patrimoine de laquelle elles remplacent les actifs apportés.

Ce n'est qu'une fois le passif apuré que les liquidateurs de la société scindée pourront distribuer aux actionnaires, à titre de parts de liquidation, les actions reçues des sociétés reprenantes.

68. Mais l'attribution, en guise de parts de liquidation, d'actions des sociétés reprenantes aux actionnaires de la société scindée pose elle-même un problème délicat. Lorsqu'une société se liquide, ses actionnaires ont, normalement, le droit de toucher en espèces leur quote-part de liquidation. Certains auteurs considèrent même qu'il s'agit là d'un droit acquis absolu, dont l'actionnaire ne pourrait être privé sans son consentement. Seuls les statuts originaux pourraient donc soit prévoir un partage en nature, soit autoriser l'assemblée générale à en décider à la majorité absolue ou qualifiée ; à défaut, il faudrait une décision unanime de tous les actionnaires pour déroger au principe de la répartition en espèces¹¹². Toute la doctrine n'est cependant pas de cet avis, et F. von Steiger paraît admettre qu'il suffit d'une décision majoritaire de l'assemblée générale, sous réserve du respect de l'égalité de traitement entre actionnaires¹¹³.

Dans un arrêt déjà ancien rendu en matière de société coopérative¹¹⁴ le Tribunal fédéral a estimé que la loi ne conférait pas aux sociétaires le droit de recevoir leurs quotes-parts de liquidation en espèces, et que rien ne s'opposait à ce qu'elles leur soient remises en actions de la nouvelle société anonyme à laquelle la coopérative avait fait apport de ses actifs et passifs. Il est vrai, d'une part, que nos juges suprêmes relevaient

¹¹² Budliger, p. 93 ; Schluep, p. 76 ; Schucany, art. 745 CO, n. 1.

¹¹³ F. von Steiger, p. 346 ; *adde* Irminger, p. 66.

¹¹⁴ ATF 42.II.155 = JT 1916.I.642.

que « cette façon de procéder est en particulier admissible lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de papiers négociables, soit d'actions au porteur », et d'autre part, que les sociétaires avaient le choix de toucher leur part de liquidation soit en espèces, soit en actions de la société reprenante, ce qui réduit un peu la portée des termes très généraux employés par le Tribunal fédéral.

Si l'on admet qu'il y a droit acquis à toucher des espèces, il faut préciser qu'en cas de scission, ce droit ne s'opposerait pas à l'attribution d'actions à ceux des actionnaires qui seraient disposés à les accepter¹¹⁵. D'autre part, pour les opposants, ce droit ne pourrait s'exercer que sur la valeur de réalisation effective des actions des sociétés reprenantes, car c'est bien à une part du produit de la réalisation des actifs sociaux que les actionnaires ont droit, quelle que soit la valeur réelle des actifs aliénés. Par conséquent, tout ce à quoi les actionnaires qui ne voudraient pas accepter les actions des sociétés reprenantes pourraient prétendre, c'est à la réalisation, par la société, des actions qui leur reviennent. Sans doute les liquidateurs devraient-ils répondre, le cas échéant, d'une réalisation opérée, par faute ou négligence, dans des conditions défavorables, mais on ne saurait mettre à la charge de la société une obligation, analogue à celle qui résulte de l'article 686 alinéa 4 CO, de faire reprendre les actions à leur valeur réelle. Cette précision ramène à ses justes proportions l'intérêt des opposants à toucher leur part en espèces, et cet intérêt est mince puisqu'ils pourraient, aussi bien que la société elle-même, aliéner les titres qui leur sont attribués. On objectera certes que les titres peuvent être difficilement négociables et qu'en imposant à la société l'obligation de les réaliser, on assure en tout cas à l'actionnaire la possibilité de ne pas être prisonnier d'actions qu'il n'a pas souhaitées ; mais la contrepartie réside dans le fait que la société, contrainte d'aliéner des titres par hypothèse difficiles à négocier, sera conduite à les céder, sans qu'on puisse le lui reprocher, à des prix très inférieurs à leur valeur réelle alors que l'actionnaire lui-même, dans cette situation, choisirait peut-être de conserver les actions qu'il ne désirait pas recevoir. Dans le doute quant à l'existence, sur le plan général, d'un droit acquis de l'actionnaire à recevoir en espèces sa part de liquidation, on constate finalement que, dans l'hypothèse particulière qui est la nôtre, l'intérêt des actionnaires qui ne désirent pas se voir attribuer des actions des sociétés reprenantes n'est pas tel qu'un droit acquis à recevoir du numéraire doive, sauf disposition spéciale des statuts, leur être reconnu. Remarquons au passage que le caractère absolu ou relatif de ce droit acquis importerait peu si

¹¹⁵ Comp. Schluep, SJZ 54, p. 210 : l'actionnaire qui approuve une décision portant atteinte à des droits acquis auxquels il lui est loisible de renoncer est lié par cette décision.

le principe en était admis, car on voit assez mal quel intérêt social pourrait s'opposer à ce que le choix soit laissé à une minorité des actionnaires entre des actions et le produit effectif de leur aliénation.

Finalement, compte tenu de l'opinion précitée du Tribunal fédéral et de l'analogie existant avec la fusion, nous pensons que l'assemblée générale de la société scindée peut décider l'attribution à ses actionnaires, à titre de parts de liquidation, des actions des sociétés reprenantes, que le choix soit ou non laissé aux opposants entre ces actions et le produit de leur réalisation.

B. *L'insuffisance du droit actuel.*

69. L'opération dont nous venons de dégager les traits essentiels permet certes d'atteindre le même résultat économique que la scission du droit français. Dans les deux cas, on retrouve le démembrement complet d'une société anonyme, qui disparaît après avoir fait apport de tout son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, et la substitution, entre les mains des actionnaires de la société scindée, des actions des sociétés bénéficiaires des apports aux titres qu'ils détenaient jusque-là. Mais le droit suisse se caractérise par l'impossibilité de réaliser *uno actu* le transfert des actifs et des passifs de la société scindée, la disparition de cette société et l'échange des droits sociaux. N'existant pas légalement comme institution autonome, la scission du droit suisse se décompose en plusieurs opérations : divers apports d'actifs, avec ou sans passif, suivis d'une liquidation qui se termine par l'attribution aux actionnaires des actions représentatives des apports effectués aux sociétés reprenantes.

70. Les inconvénients de cette absence de réglementation sont évidents. L'article 181 CO, conçu pour la cession de fonds de commerce, se révèle, en fait, tout à fait inadapté à l'hypothèse qui nous occupe.

Les créanciers de la société scindée acquièrent normalement des droits contre une société reprenante qui n'a reçu qu'une partie des actifs qui leur servaient de gage. Ils conservent le droit d'agir contre leur débitrice originaire mais celle-ci peut n'avoir, pour tout actif, que les titres reçus en rémunération des apports résultant de la scission et ces actions risquent de se révéler, en cas de nécessité, difficiles à réaliser ; si une société reprenante est incapable de faire face aux dettes reprises, il est d'ailleurs évident que ses actions sont à peu près sans valeur.

La société scindée se trouve elle-même dans une situation incertaine. Si elle cède son passif avec son actif, elle reste cependant exposée, durant deux ans, à l'action de ses créanciers. La prudence voudrait donc qu'elle conservât des actifs correspondant au montant de ses dettes,

exigibles ou non. Si elle ne possède pas de liquidités suffisantes, la distraction, au moins temporaire, de certains biens faisant partie des exploitations cédées peut créer de graves difficultés pratiques. Si la société scindée n'a plus d'autre actif que les actions des sociétés bénéficiaires destinées à être réparties entre ses actionnaires, elle court le risque de devoir réaliser une part de ces titres pour désintéresser ses créanciers, si la société reprenante de la dette considérée conteste son obligation ou ne peut y faire face.

Enfin, les actionnaires de la société démembrée ne peuvent échanger leurs titres contre des actions des sociétés reprenantes dès la réalisation de la scission. Pendant deux ans, normalement, ils resteront actionnaires de la société en liquidation et, à ce titre, ils ne toucheront aucun dividende ¹¹⁶. Il n'en serait autrement que si la société ne décidait sa dissolution qu'après extinction du passif ; même dans ce cas, elle ne pourrait distribuer la totalité des dividendes reçus des sociétés reprenantes, ne serait-ce que parce que ces dividendes sont soumis à l'impôt, et ses actionnaires toucheraient donc moins que s'ils détenaient eux-mêmes les actions des sociétés bénéficiaires des apports.

71. *De lege ferenda*, une réglementation de la scission pourrait s'inspirer à la fois de l'exemple français et des dispositions helvétiques relatives à la fusion. Le principe devrait être posé que la scission, comme la fusion, entraîne la dissolution sans liquidation de la société qui se scinde. Les sociétés reprenantes devraient être solidairement responsables du passif de la société scindée, quelle qu'en soit la répartition interne. Les actionnaires de la société dissoute pourraient, dès réalisation de la scission, échanger leurs actions contre celles des sociétés bénéficiaires des apports, dans les conditions fixées par le contrat de scission.

Le système de l'administration séparée des patrimoines, prévu en cas de fusion par l'article 748 CO, a été critiqué, à juste titre, par une partie de la doctrine qui doute qu'il constitue une garantie efficace pour les créanciers ¹¹⁷. Si l'on estime cependant devoir le maintenir pour la fusion, il va de soi, à notre avis, qu'il devrait aussi s'appliquer, lors d'une scission, à l'administration du patrimoine repris par une société préexistante ou par une société nouvelle recevant également d'autres apports que celui de la société scindée.

Seule une réforme législative permettrait donc, en Suisse, la réalisation de véritables scissions susceptibles d'atteindre leur but économique tout en sauvegardant au mieux les intérêts des actionnaires et des tiers.

¹¹⁶ Schucany, art. 739 CO, n. 1.

¹¹⁷ Suter, p. 153 ss.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES

72. Le problème de la protection des actionnaires est de ceux qui, depuis bien des années, sont à l'ordre du jour et l'on ne compte plus les ouvrages, les articles, les débats qui lui sont consacrés, ni les thèses qui s'affrontent dans ce domaine. Notre objet n'est aucunement de faire la synthèse des nombreuses théories en la matière, ni même, plus modestement, de présenter un état actuel de la question. Il s'agit seulement de montrer que le problème qui fait l'objet de la présente étude n'est qu'un aspect particulier d'une question fondamentale du droit de la société anonyme, et de tracer le cadre dans lequel devront être recherchées les solutions propres à assurer une protection satisfaisante des actionnaires en cas de fusion ou de scission de sociétés.

Aussi ne tenterons-nous pas de donner un aperçu des constructions doctrinales sur le sujet, mais plutôt de présenter notre propre approche du problème général de la protection des actionnaires, et de montrer les diverses catégories de mesures par lesquelles les législations entendent assurer cette protection. En deux sections, nous esquisserons le pourquoi et le comment d'une protection.

Section I : LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES.

73. Rechercher les fondements de la protection des actionnaires, c'est d'abord se demander qui sont ces actionnaires qu'il faudrait protéger, mais aussi quels sont les intérêts ou les droits qui méritent protection. La mise en lumière des conflits d'intérêts dans la société anonyme nous aidera ensuite à dégager le sens d'une protection de l'actionnaire.

§ 1^{er}. Les bénéficiaires de la protection.

74. On parle bien souvent de protéger l'actionnaire. Mais qui est l'actionnaire ? Les titulaires d'actions d'une société anonyme ne constituent pas une espèce bien déterminée d'individus placés dans une situation

identique. Une différenciation s'établit entre eux, qui conduit à établir de nettes distinctions.

75. La tradition du XIX^e siècle voyait dans la société anonyme un organisme à caractère démocratique et égalitaire. Contrat conclu entre personnes égales en droit, la société conservait au cours de son existence ce caractère contractuel. Si la majorité faisait la loi — mais sans pouvoir, pour autant, toucher aux bases essentielles du contrat de société — c'était là le propre de toute démocratie ; il n'en restait pas moins que chaque actionnaire avait des droits égaux et une égale vocation à présider aux destinées de la personne morale.

Dès l'origine, pourtant, cette assimilation de la société par actions à la démocratie politique revêtait plus le caractère d'une pétition de principe que celui d'une réalité. Si chaque citoyen dispose dans l'Etat d'un vote égal à celui des autres, il n'en va pas de même dans la société anonyme, et l'on a pu dire en ce sens que le suffrage était « ultra-censitaire » dans les assemblées sociales¹. Chaque actionnaire dispose en effet d'un nombre de voix proportionnel à la fraction de capital qu'il a souscrite².

76. Si la fiction d'une égalité entre actionnaires ne résiste pas à l'analyse, c'est tout au plus d'une égalité entre actions que l'on pourrait parler³. Mais là encore, cette égalité n'existe ni en droit ni en fait.

En droit, l'égalité entre les actions se trouve rompue de diverses manières. Quant aux droits pécuniaires conférés par l'action, le droit suisse comme le droit français connaissent des actions de priorité assorties de divers privilèges⁴. Quant aux pouvoirs de l'actionnaire, la loi française du 24 juillet 1966 consacre, sous certaines conditions, la licéité des actions à vote plural⁵, tandis que l'article 693 CO autorise la création d'actions à droit de vote privilégié par l'émission de titres de valeurs nominales inégales assortis d'un droit de vote égal.

En fait, il ne suffit pas que deux actions incorporent les mêmes droits pour qu'elles confèrent à leur titulaire le même rôle au sein de la société. Si chaque action donne, en principe, droit à une voix au moins au sein de l'assemblée générale⁶, le droit de participer directement aux assemblées

¹ Champaud, n. 26; p. 25, citant J. Marchal, Cours d'économie politique, t. 1^{er}, Paris 1950, p. 432.

² Art. 692 al. 1 CO ; 174 LSC.

³ Patry, Sem. jud. 1963, p. 84.

⁴ Art. 654-656 CO ; 269 LSC.

⁵ Art. 175 LSC.

⁶ Art. 174 LSC. Mais les statuts peuvent fixer un nombre de voix maximum pour le détenteur de plusieurs actions ; art. 692 al. 2 CO et 177 LSC.

ordinaires peut être, en France, subordonné par les statuts à la possession d'un certain nombre d'actions⁷. Nombre d'autres droits, tel celui de requérir la convocation de l'assemblée générale⁸, ne sont accordés par la loi qu'aux actionnaires détenant un certain pourcentage du capital social.

77. L'inégalité dans les droits que possèdent les différents actionnaires se double d'une inégalité d'origine psychologique. Parmi les actionnaires des grandes sociétés anonymes, il en est pour qui la détention d'actions est un moyen d'agir sur les destinées de l'être moral, d'acquérir l'autorité, le pouvoir de direction, le contrôle. Pour certains, en revanche, l'acquisition de titres n'est qu'un placement comme un autre, ils achètent des actions comme ils acquerraient des obligations, afin de toucher un certain dividende plus ou moins naturellement indexé sur le coût de la vie, et d'avoir en mains un certain capital susceptible de bénéficier d'éventuelles plus-values⁹.

Ainsi s'est produite une différenciation entre deux catégories d'actionnaires : d'une part les actionnaires-entrepreneurs ou actionnaires de contrôle, d'autre part les actionnaires capitalistes ou bailleurs de fonds¹⁰. Si les premiers siègent souvent au conseil d'administration, prennent une part active aux assemblées, dirigent effectivement l'entreprise, les seconds, détenteurs d'un petit nombre d'actions de la société, se désintéressent de l'activité de celle-ci, sont absents des assemblées générales et se considèrent plus comme des créanciers que comme des associés de la société anonyme¹¹. Seuls leur importent les revenus de leur titre et la valeur qu'il acquiert, ils laissent bien volontiers aux actionnaires-entrepreneurs la direction d'une exploitation sur laquelle leur influence, de toute manière, ne serait que négligeable. Pour les actionnaires de contrôle, les bailleurs de fonds fournissent le capital nécessaire mais ne constituent pas une gêne ; l'affaire est celle des *contrôlaires*¹² et les petits porteurs n'ont pas à y participer. Il importe seulement que leurs voix soient représentées aux assemblées générales afin d'assurer le quorum nécessaire, et les banques collecteront dans ce but les pouvoirs en blanc des porteurs.

La société anonyme a pris ainsi une physionomie bien différente de celle qu'on voulait lui donner il y a cent ans. Certes, on voit toujours

⁷ Art. 165 LSC.

⁸ Art. 699 al. 3 et 4 CO ; 158 al. 2 ch. 2 LSC.

⁹ Champaud, n. 29, p. 29-30.

¹⁰ Sur ce dédoublement de la condition d'actionnaire, voir Champaud, n. 29 ss., p. 27 ss. ; en droit suisse, voir Walder, p. 1 ss., qui distingue « actionnaire-entrepreneur » et « actionnaire public » ; Hirsch, ZSR 85.II, p. 22-23.

¹¹ Champaud, n. 35, p. 34 ; Schmidt, n. 12, p. 7.

¹² Le mot (regrettable ?) est de Champaud, n. 183, p. 160.

dans l'actionnaire un associé et cette « grande illusion »¹³ reste entretenue par l'information plus ou moins large qui lui est fournie, par le droit de vote qu'il conserve. En fait, dans les grandes sociétés, seule une petite partie des actionnaires sont véritablement des associés, les autres ne sont guère plus que des prêteurs.

78. Si l'on peut distinguer, parmi les actionnaires, les actionnaires-entrepreneurs et les actionnaires bailleurs de fonds, on peut également les diviser en actionnaires majoritaires et actionnaires minoritaires. Cette seconde classification ne recouvre pas la première.

La minorité se compose des actionnaires qui, lors d'une assemblée générale donnée, se sont opposés à la position de la majorité¹⁴. En ce sens, on peut dire que la distinction entre entrepreneurs et bailleurs de fonds est *statique*, car elle suppose une division plus ou moins stable entre deux catégories d'actionnaires aux comportements opposés, alors que la classification en majoritaires et minoritaires est *dynamique*, dans la mesure où elle dépend de l'attitude adoptée par tels actionnaires sur telle question particulière soumise à l'assemblée générale. La minorité, comme la majorité, n'est qu'une coalition d'occasion.

Du moins est-elle une coalition. Fût-ce à l'occasion d'une décision sociale déterminée, les minoritaires, comme les majoritaires, sont liés par une situation commune ; face à la majorité, ils constituent un groupe opposé à la politique majoritaire, soit parce que leurs intérêts ne sont pas les mêmes que ceux des détenteurs de la plus grande partie du capital représenté à l'assemblée, soit parce que leur conception de ce que devrait être la politique de la société est différente. Les bailleurs de fonds, au contraire, n'ont en commun que leur impuissance et, bien souvent, leur désintérêt à l'égard de la société ; le bailleur de fonds, c'est l'actionnaire isolé.

En outre, l'actionnaire minoritaire est « dans l'opposition ». C'est presque un truisme de constater qu'il n'est minoritaire que dans la mesure où il est mis en minorité, c'est-à-dire dans la mesure où il a pris position contre la majorité. En revanche, l'actionnaire bailleur de fonds vote le plus souvent, par le jeu des pouvoirs en blanc, dans le sens de la majorité.

On voit ainsi que les deux classifications des actionnaires sont loin de se confondre¹⁵. Le minoritaire fait normalement partie des actionnaires-entrepreneurs, comme le prouve l'intérêt pour la société que son opposition démontre. Le bailleur de fonds, lorsqu'il vote, s'intègre d'ordi-

¹³ Ripert, *Aspects juridiques*, p. 90 ss.

¹⁴ Schmidt, n. 9, p. 5.

¹⁵ Schmidt, n. 12, p. 7-8.

naire au groupe majoritaire ; s'il vote avec la minorité, ce sera le plus souvent par l'intermédiaire d'un mandataire, une banque par exemple, auquel il a donné pouvoir de voter à son gré.

79. Compte tenu des deux distinctions qui viennent d'être exposées, on peut tenter de répondre à la question de savoir qui mérite protection. On constate que peuvent se trouver menacés, d'une part, l'actionnaire minoritaire, et d'autre part, l'actionnaire bailleur de fonds. Mais là encore, on voit que la situation de ces deux types d'actionnaires n'est pas identique.

Si le minoritaire ne peut faire triompher son point de vue, ce n'est là que la conséquence normale du principe majoritaire qui régit le fonctionnement de la société anonyme. Mais le minoritaire « entrepreneur » a la volonté et la possibilité d'intervenir dans la vie sociale, d'exercer une véritable fonction de participation et de contrôle¹⁶. Le bailleur de fonds, au contraire est désarmé et isolé. Pratiquement, la faiblesse de sa participation lui interdit toute action au sein de la société ; psychologiquement, son désintérêt pour la société où il ne fait que placer son épargne l'empêche d'exercer les quelques prérogatives, souvent illusoire, qui lui sont reconnues.

80. Sans vouloir anticiper sur la section suivante, une première conclusion résulte clairement des constatations qui précèdent. Parmi les mesures de protection que nous envisagerons, toutes celles qui visent à assurer l'exercice de la fonction de participation et de contrôle de l'actionnaire, que ce soit par une meilleure information, par des exigences renforcées dans la procédure d'élaboration de la volonté sociale, ou encore par l'octroi d'actions judiciaires sanctionnant la méconnaissance de certains intérêts ou de certains droits, concourent à la protection du minoritaire. En revanche, en ce qui concerne le bailleur de fonds, il est vain de chercher à revaloriser une fonction d'actionnaire que celui-ci n'est pas prêt à assumer ; les seules mesures propres à assurer une protection de l'épargnant sont celles qui limitent quant au fond la toute puissance des organes sociaux, et celles qui instituent un contrôle extérieur à la société. Ce n'est qu'indirectement que l'exercice, par la minorité, d'une fonction de participation et de contrôle est susceptible de concourir à la protection du bailleur de fonds, par le contrepoids que trouve dans l'action minoritaire l'omnipotence de la majorité.

Si l'on voit ainsi quels peuvent être les bénéficiaires d'une protection, il faut encore déterminer ce que l'on entend protéger.

¹⁶ Schmidt, n. 15 ss., p. 10 ss. et *passim*.

§ 2. *L'objet de la protection.*

81. S'il faut protéger l'actionnaire, c'est parce que ses intérêts peuvent être menacés. Mais il ne suffit pas qu'un intérêt existe pour qu'une protection lui soit accordée. Il faut encore que l'intérêt soit digne de protection. Cet intérêt est alors sanctionné par un droit.

A. *Les intérêts de l'actionnaire.*

82. Il est évident que les intérêts d'un actionnaire pris individuellement sont extrêmement variés et parfois antagonistes. L'intérêt d'un individu, c'est ce qui lui est profitable à un titre ou à un autre, mais c'est surtout l'idée qu'il se fait de ce qui lui est profitable¹⁷. A ce titre, c'est une notion éminemment subjective. Un actionnaire a normalement, comme tout un chacun, intérêt à s'enrichir, il a normalement intérêt à ce que l'entreprise à laquelle il participe se développe, mais il peut aussi avoir intérêt à la voir périliciter s'il détient une participation plus importante dans une affaire concurrente.

Rien n'empêche, à l'évidence, un actionnaire de posséder des intérêts tout à fait personnels, tout à fait distincts de ceux des autres actionnaires, voire tout à fait opposés à ceux-ci. Rien ne l'empêche non plus en principe — et dans les limites de la bonne foi — de poursuivre, dans l'exercice de ses droits d'actionnaire, la satisfaction des intérêts les plus égoïstes et les plus étrangers à ceux des autres actionnaires¹⁸, puisque la participation à une société anonyme ne comporte pas de devoir de fidélité à l'égard de la communauté¹⁹. Mais il est clair que le droit de la société anonyme ne peut prendre en considération, parmi les intérêts d'un actionnaire, que ceux qu'il possède en tant qu'actionnaire. Seuls les intérêts de l'actionnaire en tant que tel bénéficient, au regard du droit de la société anonyme, d'une légitimité de principe et méritent d'être protégés.

83. Dès lors, il devrait être aisé de déterminer de manière générale et abstraite quels sont les intérêts de l'actionnaire puisque, si les intérêts de chaque individu sont subjectifs et variables à l'infini, ceux de l'actionnaire pris en tant que tel dépendent de sa seule qualité et sont objectivement déterminables. Sans doute faut-il noter ici qu'une telle nomencla-

¹⁷ Sur la notion d'intérêt, voir Schluep, p. 362.

¹⁸ Ainsi, un actionnaire peut avoir intérêt à devenir administrateur pour des raisons financières ou de prestige ; en votant pour lui-même à l'assemblée générale, il ne recherche que son propre intérêt.

¹⁹ Weiss, n. 181. *Contra*, notamment Fromer, ZSR 58, p. 210.

ture des intérêts de l'actionnaire en général se situe sur un tout autre plan que la conception d'un actionnaire typique²⁰, qui se fonde plutôt sur une hiérarchie de ces intérêts.

Une détermination objective des intérêts de l'actionnaire doit partir d'une définition de sa situation juridique. L'actionnaire a fait un certain placement dont il attend un revenu et qui lui confère à la fois une participation à la fortune de la société et l'appartenance à une communauté organisée. Ses intérêts concernent donc d'une part le revenu qu'il peut tirer de son placement, d'autre part la valeur de sa participation, enfin son rôle comme membre de la société.

84. Le premier intérêt de l'actionnaire est celui qu'il a à voir son apport rémunéré par un dividende aussi élevé que possible. L'existence d'un dividende étant liée à celle d'un bénéfice distribuable, l'actionnaire a intérêt, d'une part, à ce que la société recherche la réalisation d'un profit maximum et, d'autre part, à ce qu'elle distribue dans une large mesure ce profit entre ses actionnaires. Si l'on ne peut, évidemment, reconnaître un intérêt légitime de chaque actionnaire à recevoir un dividende plus élevé que les autres, l'actionnaire titulaire d'actions privilégiées sur le plan du dividende a, bien entendu, intérêt au respect de son privilège.

85. L'intérêt de l'actionnaire porte non seulement sur les revenus mais aussi sur le capital de son investissement, en d'autres termes sur la valeur de ses actions. Il a ainsi intérêt au maintien et surtout à la croissance de la fortune sociale et de la valeur globale de la société, donc à la constitution de réserves, encore que celles-ci aient juridiquement pour but la protection des créanciers et non l'intérêt des actionnaires. Une fois ces réserves constituées, il a intérêt d'une part à ne pas les voir distribuées sans profiter de cette distribution, par exemple par des attributions de dividendes extraordinaires ou d'actions gratuites dont il ne bénéficierait pas, d'autre part à ne pas voir diminuer sa part dans les réserves existantes en raison de l'émission d'actions nouvelles.

En outre, en dehors même de toute diminution de sa participation, l'actionnaire a intérêt à ce que la valeur vénale, et notamment boursière, de ses actions corresponde véritablement à sa part dans la valeur globale réelle de la société ; cet intérêt s'oppose d'une part à la constitution de réserves latentes excessives, d'autre part aux manipulations boursières auxquelles pourraient se livrer l'administration ou d'autres actionnaires et qui tendraient à faire baisser en bourse les actions de la société.

²⁰ Voir *infra*, n. 94 ss.

L'actionnaire a encore intérêt à ce que les droits, la forme ou la négociabilité de ses actions ne soient pas modifiés dans des conditions portant atteinte à leur valeur.

Toujours parmi les intérêts de l'actionnaire relatifs au capital de son investissement, il faut enfin mentionner l'intérêt qu'il possède, si la société prend fin, à retrouver son apport et à profiter de son éventuelle plus-value (quitte à subir une éventuelle moins-value), en participant au partage des biens sociaux.

86. La troisième catégorie d'intérêts de l'actionnaire est liée à sa qualité de membre de la société. A ce titre, il a intérêt à pouvoir exercer une fonction de participation et de contrôle de l'activité sociale. Par l'exercice d'une telle fonction, l'actionnaire contrôle en quelque sorte l'utilisation des fonds qu'il a mis dans la société et défend ses intérêts pécuniaires ; ce n'est pourtant pas là un intérêt d'ordre seulement patrimonial. Cet intérêt peut encore se subdiviser. L'actionnaire a d'abord intérêt à participer à l'élaboration de la volonté sociale. Mais il a aussi intérêt à pouvoir contrôler l'activité de la société, au besoin en faisant intervenir le juge pour sanctionner les atteintes, directes ou indirectes, à ses intérêts.

En tant que membre de la société, l'actionnaire a encore un intérêt à ne pas se voir exclure par ses co-associés. Enfin, il possède un intérêt général au respect par la société de la loi et des statuts ; cet intérêt, expressément reconnu en Suisse par le Tribunal fédéral²¹, est évident car le respect des normes légales et statutaires est essentiel à la bonne marche de la société, à laquelle l'actionnaire est intéressé.

87. Nous pensons avoir ainsi déterminé les intérêts que l'actionnaire possède en cette qualité, les intérêts plus limités que l'on pourrait encore envisager n'étant que des subdivisions, des aspects particuliers de ceux que nous avons énumérés. Ces intérêts étant liés à la situation juridique de l'actionnaire, donc à la structure même de la société anonyme, doivent être considérés, dans leur principe, comme légitimes et dignes de protection. Aussi devrait-on constater que ces diverses catégories d'intérêts, mais elles seules, sont reconnues par le droit de la société anonyme, qui devrait conférer à l'actionnaire des droits correspondants.

B. *Les droits de l'actionnaire.*

88. Dire que les intérêts légitimes de l'actionnaire sont sanctionnés par des droits ne signifie pas, bien entendu, que tout actionnaire puisse tou-

²¹ ATF 75.II.149 = JT 1950.I.572.

jours prétendre à la satisfaction de tous les intérêts, au demeurant parfois contradictoires, qu'il possède en cette qualité. Du moins le droit de la société anonyme accorde-t-il à l'actionnaire un certain nombre de prétentions et de prérogatives, tantôt absolues, tantôt susceptibles de s'effacer devant une volonté contraire ou des intérêts supérieurs, répondant à ses intérêts. Ce sont ces droits que nous tenterons maintenant d'énumérer, sans examiner pour l'instant la question de leur étendue respective et de leur garantie.

89. A l'intérêt de l'actionnaire à une rémunération de son apport, correspond le droit au dividende. La doctrine distingue trois degrés à l'intérieur de ce droit²². L'actionnaire a tout d'abord un droit général sur les bénéfices, qui entraîne une obligation de la société de rechercher la réalisation d'un profit. Il possède en outre un droit à la répartition du bénéfice net réalisé²³, qui constitue le droit au dividende au sens strict du terme ; dans ce domaine, les statuts peuvent accorder aux titulaires de certaines actions des privilèges ou droits de priorité²⁴. L'actionnaire a enfin un droit sur le dividende dont l'attribution a effectivement été décidée par l'assemblée générale, mais il ne s'agit-là, en fait, que d'une simple créance²⁵.

On peut se demander si l'actionnaire, possédant un droit à la répartition du bénéfice net réalisé, peut s'opposer à ce qu'une part de ce bénéfice net soit attribuée à des tiers. Nous songeons notamment à l'attribution de parts de bénéfices aux salariés de l'entreprise sociale. On sait qu'en France, l'ordonnance numéro 67-693 du 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, rend obligatoire, dans toutes les entreprises employant habituellement plus de cent salariés, la constitution d'une réserve spéciale de participation des travailleurs alimentée par des prélèvements sur le bénéfice net ; en réservant la possibilité d'accords comportant pour les salariés « des avantages au moins équivalents » à ceux que prévoit l'ordonnance, il semble que l'article 5 alinéa 1 de ce texte autorise des prélèvements sur le bénéfice net supérieurs à ceux qui résultent des exigences légales, sans que les actionnaires puissent opposer leur droit au dividende.

²² Bürgi, art. 660-661 CO, n. 7 ss. ; Schluep, p. 51 ss.

²³ C'est ce droit que consacre expressément l'art. 660 al. 1 CO ; voir aussi l'art. 347 al. 1 LSC. De ce droit sur le bénéfice net réalisé, on peut déduire, à notre avis, un droit de l'actionnaire à ce que le bilan sur la base duquel a lieu la répartition reflète bien le bénéfice effectivement réalisé ; mais ce droit, en particulier du fait de la possibilité des réserves latentes, paraît difficile à mettre en œuvre.

²⁴ Art. 656 al. 2 CO ; 269 LSC.

²⁵ Schluep, p. 52 ; Schucany, art. 660 CO, n. 1.

En droit suisse, en l'absence de dispositions légales²⁶, la question de la légalité d'un intéressement des travailleurs au bénéfice net reste posée. Nous aurions tendance à penser qu'un actionnaire ne peut attaquer la répartition votée par l'assemblée générale que si la participation accordée aux salariés est telle qu'elle ne puisse manifestement pas se justifier par l'intérêt social²⁷ et qu'elle aboutisse à réduire le dividende des actionnaires à un taux négligeable.

Un problème analogue se pose à propos des donations faites par la société à des œuvres charitables, à des universités, etc. Peu importe, d'ailleurs, que ces fonds soient prélevés, du point de vue comptable, sur le bénéfice net — auquel cas l'attribution ne pourra en être décidée que par l'assemblée générale — ou avant détermination de celui-ci — auquel cas le conseil d'administration sera compétent pour en décider²⁸. La tendance actuelle paraît être d'admettre assez largement de telles attributions et nous pensons, là encore, qu'elles ne se heurtent au droit au dividende que si elles sont insusceptibles de se justifier au regard du but social et de l'intérêt social et qu'elles réduisent arbitrairement le bénéfice distribuable aux actionnaires.

90. Il est un peu plus délicat de mettre directement en parallèle les divers intérêts de l'actionnaire touchant à la valeur de sa participation avec les droits que la loi, la jurisprudence et la doctrine lui attribuent dans ce domaine. On ne saurait certes reconnaître à l'actionnaire un véritable droit à la croissance, ni même au maintien du patrimoine social ; mais on retrouve ici le droit de l'actionnaire à voir la société à laquelle il appartient rechercher la réalisation d'un profit.

En matière de constitution de réserves, l'actionnaire n'a d'autres droits que celui d'approuver la répartition du bénéfice net annuel et celui d'exiger le respect des dispositions légales ou statutaires dans ce domaine ; le droit au dividende, conçu comme droit à la répartition du bénéfice, permet plutôt à l'actionnaire de s'opposer à la constitution de réserves excessives. Quant aux réserves latentes, leur constitution relève de la compétence du seul conseil d'administration²⁹, et le droit de l'actionnaire

²⁶ Comp. cependant les art. 673 et 674 al. 3 CO sur les institutions de prévoyance en faveur des salariés.

²⁷ On sait en effet que le droit au dividende, droit acquis relatif, peut être limité dans la mesure où l'intérêt social le justifie. Voir Schluep, p. 61 ; Bürgi, art. 660-661 CO, n. 6.

²⁸ Si la décision d'attribution est injustifiée, la sanction varie toutefois selon que cette décision est le fait de l'assemblée générale, auquel cas une action en annulation est possible, ou du conseil d'administration, seule une action en responsabilité des administrateurs pouvant dans ce cas, en droit suisse, être envisagée.

²⁹ Art. 663 al. 2 et 3 CO.

au respect des restrictions légales en la matière apparaît purement théorique. En somme, lors de la constitution des réserves, on a essentiellement affaire à certaines incidences particulières du droit au dividende et à certains aspects du droit au respect de la loi et des statuts, dont nous retrouverons plus loin le principe.

En revanche, l'actionnaire a des droits spécifiques sur les réserves sociales constituées³⁰. On peut voir dans ces droits un aspect du droit au dividende puisque les réserves sont traditionnellement considérées comme des bénéfices non distribués. Mais en fait, le bénéfice non distribué s'ajoute aux actifs de la société et c'est plutôt de droits sur la fortune sociale qu'il faut parler ici ; à ce titre, ces droits se rattachent bien au capital et non au revenu de l'actionnaire. Durant la vie sociale, ces droits sont *latents*,³¹ en puissance, en ce sens qu'ils ne se manifestent que dans certaines hypothèses et ne donnent pas à l'actionnaire de prétention directe sur les actifs sociaux. Le droit de l'actionnaire sur les réserves apparaît en particulier lors d'une augmentation de capital, qui crée sur la fortune sociale des droits concurrents à ceux qui étaient attachés jusqu'à la aux actions existantes. Lorsque l'augmentation de capital se réalise sans apport extérieur par incorporation de réserves au capital social, l'actionnaire dispose d'un droit d'attribution sur les actions gratuites émises à cette occasion³² ; cette attribution assure en principe à chaque actionnaire le maintien de son droit sur la fortune sociale et donc de la valeur de sa participation. En cas d'augmentation de capital par apports extérieurs, chaque action confère, en principe, un droit préférentiel de souscription sur les actions nouvelles, qui doit permettre à chaque actionnaire de conserver des droits proportionnellement inchangés sur la fortune sociale³³ ; l'exigence d'une prime d'émission — particulièrement importante pour les actionnaires qui renoncent à exercer leur droit préférentiel ou lorsque la décision d'augmentation de capital comporte renonciation à ce droit — tend à maintenir le rapport préexistant entre capital et fortune sociale, et par conséquent la valeur de chaque action.

On retrouve ici la question des attributions de fonds à des tiers. Le droit de l'actionnaire paraît ici plus fort qu'en matière de répartition du bénéfice net, et nous pensons que des réserves qui n'ont pas été constituées dans ce but — auquel cas on se retrouverait dans le cadre de la répartition du bénéfice — ne peuvent être attribuées au personnel ou consacrées à des buts charitables. En effet, plus que la distraction d'une part

³⁰ Voir, en particulier, Bermond de Vaulx, *passim*.

³¹ Bermond de Vaulx, p. 9 ss.

³² Voir, notamment, Kolb, *Die Gratisaktie*, thèse Berne 1945, p. 18 ; Bermond de Vaulx, p. 25 ss.

³³ Art. 652 CO ; 183 ss. LSC.

du bénéfice, l'attribution de réserves à des tiers est susceptible d'affecter la valeur des actions en diminuant la fortune sociale.

Lorsque la société prend fin, le droit de l'actionnaire sur la fortune sociale cesse d'être *latent* et prend la forme du droit à une part de liquidation proportionnelle à l'apport effectué³⁴.

L'actionnaire possède encore certains droits relatifs à la valeur de ses actions, indépendamment de la participation qu'elles représentent dans la fortune sociale. Certes, on ne peut parler d'un véritable droit à la valeur, en particulier à la valeur vénale, de ses titres, qui ne peut lui être garantie, mais il possède, dans certains cas, un droit à ce que cette valeur ne soit pas indûment affectée.

C'est ainsi qu'en droit suisse, existe, dans une certaine mesure, un droit au maintien de la forme des actions, forme dont dépend en partie la valeur vénale des titres³⁵.

L'actionnaire a également, en principe, le droit de transférer librement ses actions. Ce droit au libre transfert, qui lui permet de réaliser en tout temps sa participation et de convertir ainsi en espèces ses droits futurs sur le bénéfice et la fortune sociale, est un élément de la valeur vénale des actions. La société ne peut sans autre le limiter ou le supprimer³⁶.

La valeur vénale des actions dépend notamment du bilan. Aussi l'actionnaire a-t-il un droit à ce que celui-ci reflète avec exactitude et clarté la situation de la société³⁷ ; un bilan pessimiste risque, en effet, de donner aux actions une valeur vénale inférieure à leur valeur réelle. Il faut

³⁴ Art. 660 al. 2 et 661 CO ; 417 LSC.

³⁵ Certes, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 970 CO exigeant, pour la conversion des papiers-valeurs, l'assentiment de toutes les personnes auxquelles ils confèrent un droit, mais les art. 622 al. 3 et 627 ch. 7 CO disposent que la faculté de convertir des actions nominatives en actions au porteur ou inversement doit être prévue par les statuts. Cette disposition peut être introduite par une modification statutaire ; Siegwart, art. 622 CO, n. 59 ; Schucany, art. 622 CO, n. 4 ; Schluep, p. 120.

³⁶ Il s'agit, pour la doctrine et la jurisprudence suisses, d'un droit acquis relatif, qui ne peut être limité que dans la mesure où l'intérêt social le justifie. Siegwart, art. 646 CO, n. 35, et 622 CO, n. 59 ; Bürgi, Vorbem. art. 683 CO, n. 13, et 686 CO, n. 52 ; Schluep, p. 128 ; Cour d'appel Bâle-Ville, SJZ 61 (1965), p. 141 ; Trib. com. Zurich, SJZ 64 (1968), p. 167. En France, les art. 274 ss. LSC permettent l'introduction d'une clause d'agrément, mais obligent la société à acquérir ou faire acquérir les actions en cas de refus d'agrément ; ainsi se trouve assuré le droit de l'actionnaire à céder ses titres. L'art. 686 al. 4 CO contient une disposition analogue pour le cas où les actions sont acquises par succession, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution.

³⁷ Art. 957 et 959 CO. L'art. 342 al. 1 LSC parle, de même, d'un bilan sincère, et l'art. 437 en sanctionne l'inexactitude.

reconnaître qu'en pratique, ce droit à l'exactitude et à la clarté du bilan est fortement limité par la possibilité de constituer des réserves latentes ³⁸.

Lorsque les actions sont cotées en bourse, l'actionnaire possède, à notre avis, un droit à ce que l'administration s'abstienne d'intervenir sur le marché boursier de façon à provoquer une baisse des titres. Il est plus douteux, en revanche, que l'actionnaire soit en droit d'attendre une intervention positive de l'administration pour soutenir le cours des actions en cas de baisse.

91. En tant que membre de la société, l'actionnaire possède des droits que l'on range souvent sous la dénomination de droits sociaux. Par opposition aux droits envisagés jusqu'ici, qui sont de nature essentiellement pécuniaire, les droits sociaux sont de nature extra-patrimoniale.

Au premier rang de ces droits figure le droit à la qualité d'actionnaire, ou sociétariat ³⁹, qui comporte celui de ne pas être exclu de la société ⁴⁰ et entraîne celui de se voir délivrer des titres représentatifs de cette qualité et des droits qui en découlent ⁴¹. Le droit préférentiel de souscription, déjà cité, se rattache également au sociétariat ; il permet à l'actionnaire de conserver dans la société la même influence en cas d'augmentation de capital. Le droit à la forme des actions et le droit au libre transfert de la qualité d'actionnaire, que nous avons mentionnés comme des droits de l'actionnaire relatifs à la valeur de ses titres, peuvent également être envisagés comme des corollaires du droit au sociétariat.

Le droit de vote est le principal instrument de participation et de contrôle de l'actionnaire ⁴². Par son exercice, celui-ci contribue à la formation de la volonté sociale et à la fonction de contrôle que remplit l'assemblée générale. Il existe encore des droits accessoires au droit de vote, qui sont celui d'être convoqué et de prendre part à l'assemblée générale, celui de participer aux débats et d'y poser des questions. Le droit français, contrairement au droit suisse, consacre également le droit pour l'actionnaire d'insérer des projets de résolution dans l'ordre du jour de l'assemblée générale ⁴³. Enfin, l'actionnaire a le droit, sous certaines conditions, d'exiger la convocation de l'assemblée générale ⁴⁴.

³⁸ Hirsch, ZSR 85.II, p. 41 ss.

³⁹ Siegwart, art. 622 CO, n. 1 ss. ; Schluep, p. 96 ss.

⁴⁰ Voir *infra*, n. 213.

⁴¹ Siegwart, art. 622 CO, n. 44 ss. ; Schluep, p. 112 ss.

⁴² Dohm, p. XVII : « Le droit de vote est la clef de voûte des droits sociaux » ; Siegwart, art. 657-658 CO, n. 5 ; Bürgi, Vorhem. art. 689-695 CO, n. 2 ; Schluep, p. 131.

⁴³ Voir *infra*, n. 142.

⁴⁴ *Ibid.*

L'actionnaire dispose également d'un droit à l'information⁴⁵. Tout d'abord, un certain nombre de documents doivent, de par la loi, être mis à sa disposition, soit en tout temps, soit avant toute assemblée générale. De plus, il peut exiger, au besoin en saisissant le juge, certains renseignements ou l'accès à certains documents sociaux. La loi française permet en outre à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social de « demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

Tout actionnaire a un droit au respect, par la société à laquelle il appartient, de la loi et des statuts⁴⁶, et de ce droit découle celui de faire constater ou prononcer par le juge la nullité des décisions de l'assemblée générale contraires à des dispositions légales ou statutaires ou à des principes généraux du droit⁴⁷.

Un autre droit que possède l'actionnaire est celui d'engager, dans certaines hypothèses, la responsabilité civile des fondateurs, administrateurs, contrôleurs ou liquidateurs pour le dommage qu'ils ont pu causer soit au demandeur lui-même, soit à la société⁴⁸.

L'actionnaire peut également, dans certaines circonstances, demander en justice la dissolution de la société⁴⁹.

Notons enfin, pour compléter ce bref aperçu des droits de l'actionnaire, que celui-ci peut parfois faire révoquer ou désigner par le juge certaines personnes dont la nomination et la révocation incombent en principe à l'assemblée générale⁵⁰. Il en est ainsi, en France, pour les commissaires aux comptes et, en Suisse, pour les liquidateurs.

92. Cette rapide énumération des droits de l'actionnaire montre que tous ne se situent pas sur le même plan. Alors que certains droits correspondent à des *prétentions* de l'actionnaire à l'égard de la société, donc à des obligations de celle-ci à l'égard de l'actionnaire, d'autres représentent des *pouvoirs* reconnus à ce dernier ; on parle alors de droits d'administration⁵¹ ou, en un terme plus général, de *droits fonctionnels*⁵².

⁴⁵ Voir *infra*, n. 115 ss.

⁴⁶ ATF 75.II.149 = JT 1950.I.572.

⁴⁷ Voir *infra*, n. 165 ss.

⁴⁸ Voir *infra*, n. 189 ss.

⁴⁹ Voir *infra*, n. 208 ss.

⁵⁰ Voir *infra*, n. 143.

⁵¹ *Mitverwaltungsrechte*. Voir, parmi d'autres, Siegwart, art. 622, n. 1.

⁵² Nous préférons cette terminologie à celle de *droits-fonctions*, employée notamment par Noirel, n. 205, p. 151-152, à propos du droit de vote et qui semble impliquer, de la part de l'actionnaire, une obligation ; sur la critique de

Si tous ces droits sont objets de protection, les seconds sont en même temps des instruments de cette protection, dont nous serons amenés à développer certains aspects dans la deuxième section du présent chapitre. Cette distinction entre les droits-prétentions et les droits fonctionnels ne correspond pas exactement à la classification traditionnelle en droits pécuniaires et droits extra-patrimoniaux, puisque le droit au sociétariat, qui fait partie des droits-prétentions, n'a pas de caractère patrimonial. Elle rejoint en revanche la distinction, consacrée par une partie de la doctrine, entre les droits propres de l'actionnaire, tirés du contrat de souscription, et les droits individuels à caractère social, par lesquels l'actionnaire remplit un rôle au sein de la société ⁵³.

Si les intérêts et les droits des actionnaires doivent être protégés, il nous reste encore à déterminer les raisons et les fins de cette protection.

§ 3. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme et le sens d'une protection de l'actionnaire.*

93. La société anonyme, comme toute collectivité, est le lieu de rencontre, mais aussi de conflit, d'un grand nombre d'intérêts. Nous avons tenté de montrer que tout actionnaire possède en tant que tel des intérêts divers et parfois divergents ; c'est dire que l'on ne peut déterminer abstraitement un intérêt prédominant qui serait identique pour chacun d'eux. En outre, à côté des intérêts individuels, apparaît un intérêt collectif, *l'intérêt social*.

A. *La notion d'intérêt social.*

94. L'existence d'un intérêt général distinct des intérêts individuels des actionnaires ne paraît plus, aujourd'hui, faire de doute pour personne. Les auteurs et la jurisprudence, tant suisses que français, reconnaissent qu'il y a un intérêt social ⁵⁴, qu'il y a un intérêt collectif ⁵⁵. Mais ce n'est pas là nuance de pure terminologie, et le critère de l'intérêt social fait l'objet de vives controverses. Dans la doctrine récente, la discussion oppose les

ce terme, voir également Dohm, p. 62 ss. Fonctionnels, ces droits le sont dans la mesure où ils concourent au fonctionnement de l'être moral, sans pour autant correspondre à un devoir de l'actionnaire.

⁵³ Schmidt, n. 52 ss., p. 36 ss.

⁵⁴ En particulier Paillusseau, *passim* ; Noirel, n. 438, p. 308 ; Schapira, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 957 ss. ; Schluep, p. 390 ss.

⁵⁵ Schmidt, n. 71, p. 49 et *passim*.

partisans de la notion d'*actionnaire typique* à ceux du concept d'*entreprise*, la conception traditionnelle selon laquelle l'intérêt social ne serait que la somme des intérêts individuels des actionnaires n'ayant plus guère de défenseurs.

95. La conception de l'actionnaire typique, notamment systématisée en Suisse par Bär⁵⁶ et reprise en France par Schmidt⁵⁷, part de l'idée — d'aucuns diront : du postulat — que le législateur avait en vue, en établissant les règles du droit de la société anonyme, un certain type de société et un certain type d'actionnaire. Cet actionnaire-type serait celui qui recherche le gain, non la puissance, et qui fait un placement stable, non une opération spéculative⁵⁸. L'intérêt collectif apparaît alors comme l'intérêt de cet actionnaire-type et, plus précisément, comme son intérêt actualisé⁵⁹.

96. La notion d'actionnaire typique a été combattue, non sans passion, par Schluep⁶⁰ qui l'estime, à juste titre, dépourvue de tout point d'appui dans la loi. Or, si l'on refuse l'idée d'un actionnaire-type dont l'intérêt abstraitement déterminé donnerait la mesure de l'intérêt social, celui-ci ne peut plus être défini en fonction des intérêts des associés car leur diversité interdit de les additionner ou d'en déduire la résultante. Force est alors de rechercher la notion d'intérêt social du côté de l'entité distincte que constitue la société, ou plutôt l'entreprise. De fait, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence considère que l'intérêt social n'est pas celui de l'actionnaire, mais bien celui de l'entreprise. Cette théorie n'est pas nouvelle en Suisse, où les auteurs se séparent essentiellement à propos de la définition plus ou moins large des intérêts qu'englobe celui de l'entreprise⁶¹. Mais c'est en France, avec Paillusseau, que l'identification de l'intérêt social à celui de l'entreprise a trouvé récemment son défenseur le plus systématique et, à notre avis, le plus convaincant.

Pour cet auteur, la société apparaît comme la technique juridique d'organisation de l'entreprise⁶². Aussi l'intérêt social se confond-il avec celui de l'exploitation. Reste à définir cet intérêt de l'entreprise. Tout en

⁵⁶ Bär, ZBJV 95, p. 369 ss. ; ZSR 85.II., p. 321 ss.

⁵⁷ Schmidt, n. 85 ss., p. 59 ss. ; la conception de Champaud, n. 40, p. 41, pour qui « l'intérêt social est en définitive mesuré à l'intérêt des actionnaires bailleurs de fonds », nous paraît assez proche de celle de l'actionnaire typique.

⁵⁸ Bär, ZBJV 95, p. 387 ; ZSR 85.II, pp. 514-515 ; Schmidt, *loc. cit.*

⁵⁹ Schmidt, n. 86, p. 61.

⁶⁰ Schluep, SAG 33, p. 137 ss. ; *adde* : intervention à la Société suisse des Juristes, 1966, ZSR 85.II, p. 673 ss.

⁶¹ Voir notamment Siegwart, *Einl.* n. 217, 279 ; Bürgi, *Vorbem.* art. 660-698 CO, n. 14 ; Schluep, p. 390-391 et les références citées ; SAG 33, p. 144-145 ; Weiss, n. 149 ss. et les références citées sous n. 155 ; Wyss, p. 184 ss.

⁶² Paillusseau, p. 62 ss.

constatant que l'entreprise est le lieu de convergence d'un grand nombre d'intérêts divers — ceux des apporteurs de capitaux, de travail, de connaissances, mais aussi ceux des fournisseurs, des clients, de l'Etat — Paillusseau refuse de voir dans l'intérêt social la somme ou la résultante de ces multiples intérêts. « En effet, si le but des apporteurs de capitaux, ou des apporteurs de travail, ou éventuellement d'autres personnes, est essentiellement d'obtenir un enrichissement, un revenu ou un profit de l'entreprise (ces buts constituent la cause des relations de ces personnes avec l'entreprise), la cause et le but de cette dernière sont bien différents... sa véritable mission est de créer, de transformer et de distribuer des produits, ou d'assurer des prestations de services, qui sont indispensables aux consommateurs. *Le but et l'intérêt de l'entreprise résident essentiellement dans la vie et la croissance de l'organisme économique* » ⁶³.

97. Cette conception peut paraître extrême, voire extrémiste. Sans doute, pour ses adversaires, n'échappe-t-elle pas au reproche d'avoir, comme le dit Siegwart, érigé l'entreprise en un « unpersönlicher, mystischer Träger von Interessen » ⁶⁴, ou d'avoir confondu la société anonyme avec la fondation en mettant la première au service d'un intérêt étranger à celui de ses membres. Certains refuseront d'admettre que les associés aient pu jouer à l'apprenti sorcier en créant une entité qui leur échappe, qui se mette à vivre de sa propre vie, à posséder des intérêts indépendants auxquels les leurs pourraient se heurter.

Nous ne prétendons pas trancher en quelques mots une controverse qui a fait l'objet de bien des affrontements. Du moins pensons-nous que la conception de Paillusseau rend compte de manière satisfaisante du fait que, si l'entreprise ne se confond pas avec le but social — mais peut-être avec l'objet social ⁶⁵ — elle n'en constitue pas moins le moyen unique et nécessaire de poursuivre ce but. La poursuite du but social passe donc nécessairement par la satisfaction de l'intérêt de l'entreprise, qui rejoint dans cette mesure l'intérêt bien compris de l'actionnaire. En définissant clairement cet intérêt de l'entreprise, Paillusseau nous paraît, d'autre part, donner le seul critère objectif et utilisable de l'intérêt social, du moins si l'on refuse de souscrire à la conception d'un actionnaire typique, mais mythique. Au demeurant, il n'est nullement évident, comme on l'a parfois soutenu, que la reconnaissance de l'intérêt de l'entreprise doive conduire à la méconnaissance systématique des intérêts individuels de l'actionnaire ; sur ce plan, la portée pratique de l'intérêt social dépend

⁶³ Paillusseau, p. 200.

⁶⁴ Siegwart, Einl. n. 217.

⁶⁵ Rodière et Houin, n. 353 ; Paillusseau, p. 160 ss. ; Schmidt, n. 70, p. 49.

moins de sa définition que de l'usage qui en est fait en cas de conflit d'intérêts.

B. *Les conflits d'intérêts.*

98. Reconnaître la pluralité des intérêts dont la société anonyme est le siège, c'est admettre la possibilité de conflits entre ces intérêts.

Des conflits peuvent tout d'abord surgir entre l'intérêt social, conçu comme celui de l'entreprise, et l'intérêt individuel de tels actionnaires déterminés, voire de la majorité d'entre eux. Certes, l'intérêt social, quelle qu'en soit la définition, devrait toujours correspondre peu ou prou à l'intérêt bien compris de l'actionnaire. Il n'est pas exclu cependant qu'il se heurte aux intérêts, surtout à court terme, des actionnaires ou de certains d'entre eux. Le problème classique de la légitimité des réserves latentes ou extraordinaires au regard du droit au dividende en est l'exemple le plus notoire ⁶⁶.

99. Parmi les actionnaires eux-mêmes, des intérêts contradictoires s'affrontent également ⁶⁷. A l'actionnaire épargnant (*Rentenaktionär*), intéressé à la distribution d'un dividende élevé, s'oppose l'actionnaire spéculateur (*Spekulationsaktionär*) qui, trouvant son profit dans l'achat et la revente des titres, se préoccupe surtout des fluctuations du cours des actions. Le gros actionnaire, qui est bien souvent un actionnaire-entrepreneur (*Unternehmeraktionär*) intéressé à la domination de la société, trouve en face de lui le petit actionnaire bailleur de fonds dont les intérêts sont ceux d'un épargnant. L'actionnaire faisant partie de la majorité entre en conflit avec celui de la minorité, l'actionnaire privilégié avec l'actionnaire ordinaire, etc.

100. L'intérêt de tel actionnaire peut aussi se voir contrecarré par l'action de l'administration ⁶⁸, que celle-ci serve l'intérêt social, celui des majoritaires, voire les intérêts propres des administrateurs ou des intérêts extérieurs à la société.

Une autre source de conflits est l'opposition d'intérêts qui peut exister entre les apporteurs de capitaux et les apporteurs de travail, notamment en cas d'intéressement de ces derniers aux profits de l'entreprise.

Mentionnons enfin l'opposition qui peut apparaître, dans certaines circonstances, entre la société, ses membres ou ses organes d'une part, et les créanciers d'autre part ⁶⁹.

⁶⁶ Voir, en particulier, Paillusseau, p. 85.

⁶⁷ Voir Siegwart, Einl., n. 220-249a ; Weiss, n. 142.

⁶⁸ Weiss, n. 143.

⁶⁹ *Ibid.*, n. 144.

101. Ces conflits trouvent normalement leur solution dans ce que la doctrine alémanique nomme une *Interessenabwägung*⁷⁰, une « pesée », une appréciation comparative des intérêts en présence. Seuls échappent à cette appréciation les intérêts consacrés par un droit acquis absolu de l'actionnaire. En revanche, lorsque l'intérêt social est en cause, il n'est pas soustrait, malgré sa prééminence de principe, à une appréciation comparative : comme la jurisprudence l'a reconnu en matière de droit acquis relatif, l'atteinte portée à des droits individuels au nom de l'intérêt social ne se justifie que dans la mesure où cette atteinte est proportionnée à l'intérêt social que l'on entend défendre⁷¹.

C. Sens et portée d'une protection de l'actionnaire.

102. La nécessité d'une protection de l'actionnaire résulte de la possibilité de conflits d'intérêts. C'est tout d'abord contre la méconnaissance de ses intérêts individuels que l'actionnaire doit être protégé, mais également contre celle de l'intérêt social⁷². En effet, s'il est distinct des intérêts individuels de l'actionnaire, l'intérêt social les englobe en principe, et toute atteinte à l'intérêt social au nom des intérêts individuels de certains porte préjudice, indirectement au moins, aux autres actionnaires.

La protection de l'actionnaire doit être conçue dans un sens large. Elle comprend toute mesure de nature à assurer le respect des intérêts individuels des actionnaires et de l'intérêt social par chacun des organes de la société. Dans cette perspective, les moyens de protection de l'actionnaire sont extrêmement variés.

Section II : LES MOYENS DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES.

103. Le droit de la société anonyme comporte un certain nombre de mesures concourant directement ou indirectement à la protection des actionnaires. On peut distinguer, à cet égard, les mesures de protection préalable, dont le but ou l'effet est d'éviter qu'une atteinte ne soit portée aux droits de l'actionnaire ou à l'intérêt social, et les mesures de protection a posteriori, qui visent à réparer le préjudice qui pourrait résulter pour les actionnaires des décisions des organes sociaux.

⁷⁰ Bärtschi, *Interessenabwägung* ; Schluep, p. 362 ss. ; SAG 33, p. 143 ss.

⁷¹ Voir *infra*, n. 114.

⁷² Comp. ATF 75.II.149 = JT 1950.I.571.

Sous-section I : *La protection préalable.*

104. Afin d'éviter que la société ne prenne des décisions portant atteinte aux droits des actionnaires, ou du moins d'une partie d'entre eux, un premier moyen est de limiter la compétence des organes sociaux à l'égard de certaines règles fondamentales ou de certains droits des actionnaires en posant le principe de leur intangibilité. La loi peut également développer le droit des actionnaires à l'information, et imposer pour la formation de la volonté sociale des conditions propres à assurer sa régularité et à permettre à tout actionnaire d'y participer. Il est enfin utile de soumettre certaines décisions de la société à un contrôle officiel de régularité préalable à leur entrée en vigueur.

§ 1^{er}. *Les limites aux pouvoirs des organes sociaux.*

105. Si les organes sociaux, et en particulier l'assemblée générale, jouissent de vastes pouvoirs dans le cadre de leurs compétences respectives, il existe certaines limites à leur liberté. C'est ainsi qu'ils ne peuvent porter atteinte ni aux principes fondamentaux du droit de la société anonyme, ni à certains droits de l'actionnaire auxquels la loi, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent le caractère de droits acquis.

A. *Les principes fondamentaux du droit de la société anonyme.*

106. Les principes généraux du droit, et ceux du droit de la société anonyme en particulier, soustraient certains domaines à la compétence des organes sociaux. Si ces limitations de pouvoirs ne tendent pas au premier chef à la protection des actionnaires, mais plutôt à celle des tiers et à la sauvegarde de l'ordre juridique en général, elles n'en constituent pas moins pour les minoritaires et les bailleurs de fonds une certaine garantie contre les agissements des dirigeants sociaux et des majoritaires. Aux limites résultant du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, s'ajoutent celles qu'imposent les principes fondamentaux du droit de la société anonyme⁷³.

107. Toute institution juridique se définit par un certain nombre de caractères distincts à défaut desquels elle ne peut exister. Aucune décision

⁷³ Weiss, n. 164.

d'un organe social ne peut aller à l'encontre des principes fondamentaux liés à la notion même et à l'organisation légale de la société anonyme. La sanction ne peut être que la nullité absolue de la décision litigieuse. Nous pensons que cette nullité doit être admise, en droit français, pour les décisions de l'assemblée générale extraordinaire même en l'absence de disposition légale expresse, et ce malgré la formule restrictive de l'article 360 alinéa 1^{er} LSC⁷⁴. En effet, l'on ne peut admettre la validité de décisions contraires à la structure légale elle-même de l'institution dans le cadre de laquelle elles interviennent.

108. A ces principes fondamentaux de la société anonyme appartient celui de la responsabilité limitée des actionnaires ; aucune décision sociale ne saurait introduire une responsabilité personnelle des actionnaires pour les dettes sociales⁷⁵. De même, serait nulle toute décision sociale tendant à modifier l'organisation légale de la société anonyme⁷⁶, en supprimant tel ou tel organe (par exemple l'organe de contrôle), en décidant que le conseil d'administration, le directoire ou le conseil de surveillance sont désignés par cooptation, etc. Le principe même des droits d'administration de l'actionnaire, dont l'existence est liée à l'organisation légale de la société anonyme, échappe également à la compétence des organes sociaux, et les statuts ne pourraient supprimer le droit de vote, le droit de faire constater ou prononcer la nullité d'une décision de l'assemblée générale, ou celui de mettre en œuvre la responsabilité des dirigeants sociaux, pas plus qu'ils ne sauraient écarter le principe de cette responsabilité⁷⁷. La loi française consacre expressément cette conception selon laquelle un certain nombre de principes d'organisation de la société anonyme sont hors de la compétence des organes sociaux en disposant que les clauses statutaires y dérogeant sont « réputées non écrites »⁷⁸.

109. Toute décision d'un organe social contraire aux principes fondamentaux du droit de la société anonyme est atteinte de nullité absolue, même s'il s'agit d'une décision de l'assemblée générale prise à l'unanimité de l'ensemble des actionnaires. Il n'en va pas de même dans le cadre de la théorie des droits acquis de l'actionnaire : si la majorité ne peut porter atteinte à de tels droits, chaque actionnaire peut légalement y renoncer⁷⁹.

⁷⁴ Voir *infra*, n. 176.

⁷⁵ Art. 680 CO et 153 al. 1 LSC. Weiss, n. 164 ; Schluep, p. 48.

⁷⁶ Weiss, *loc. cit.*

⁷⁷ Weiss, *loc. cit.* ; Schluep, p. 48.

⁷⁸ Voir *infra*, n. 176.

⁷⁹ Schluep, p. 48. Un certain nombre de droits acquis, en particulier les droits d'administration visés à l'art. 646 al. 2 CO, correspondent cependant à des principes fondamentaux du droit de la SA et sont garantis de manière absolument impérative ; Schluep, SJZ 54, p. 210 ; Bürgi, art. 706, n. 10.

B. *Les droits acquis de l'actionnaire.*

110. Si la société anonyme est gouvernée par le principe majoritaire, il est certains droits de l'actionnaire auxquels il ne peut être porté atteinte sans son consentement.

111. En France, la conception contractuelle de la société, appliquée dans toute sa rigueur, conduisit tout d'abord les auteurs à exiger le consentement de l'ensemble des actionnaires à toute modification statutaire. Un assouplissement intervint avec la théorie des bases essentielles : seules échappaient au pouvoir majoritaire les clauses du pacte social qui en constituaient, pour les parties, les fondements essentiels. L'incertitude des solutions auxquelles aboutissait une telle conception conduisit Thaller à formuler, à la fin du siècle dernier, sa théorie des droits propres de l'actionnaire ⁸⁰.

L'actionnaire tire du contrat de souscription certains droits intangibles qui sont mis hors de l'atteinte de la majorité ⁸¹. Par rapport à la théorie des bases essentielles, celle des droits propres présentait l'avantage d'éviter la délicate recherche de la volonté réelle ou présumée des parties dans chaque cas d'espèce, et de permettre une détermination abstraite et générale — sinon incontestable — des droits intangibles de l'actionnaire.

112. Le législateur français, en consacrant, dès 1913, la toute puissance de l'assemblée générale, parut, aux yeux de la doctrine, avoir condamné la théorie des droits propres. Les seules décisions échappant aujourd'hui au pouvoir de la majorité concernent l'augmentation des engagements des actionnaires ⁸² et le changement de nationalité de la société lorsque le pays d'accueil n'a pas « conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique » ⁸³. Cependant, sous le nom de « droits intangibles » ou de « droits individuels », les droits propres ont fait une nouvelle apparition dans la doctrine peu avant la deuxième guerre mondiale ⁸⁴ et certains auteurs ont

⁸⁰ Sur l'ensemble de cette évolution, voir Du Garreau de la Méchenie, p. 11 ss. ; Lechner, p. 7 ss. ; Noirel, p. 82 ss.

⁸¹ Thaller, D.P. 1893.I.107.

⁸² Art. 153 al. 1 LSC.

⁸³ Art. 154 LSC.

⁸⁴ Voir les thèses de David, Du Garreau de la Méchenie, Lechner.

repris récemment cette théorie⁸⁵, d'ailleurs consacrée, dans une certaine mesure, par la jurisprudence⁸⁶. Mais si la notion de droits individuels a tendu parfois à s'enfler, les auteurs les plus récents en limitent le domaine aux droits que l'actionnaire détient en tant qu'apporteur de capital, à l'exclusion des droits fonctionnels qui lui sont reconnus comme membre de l'assemblée générale⁸⁷. Berr n'envisage qu'un droit individuel de nature pécuniaire, fondé sur le principe d'égalité, qui est le droit de l'actionnaire de voir sa situation maintenue, en matière de vocation aux bénéfices, à l'égard des actionnaires de sa catégorie, et deux droits individuels non pécuniaires, qui sont le droit de rester membre de la société, donc de n'en pas être exclu, et celui d'en sortir librement en négociant ses actions, ce en vertu de l'idée de liberté⁸⁸.

En fait, en droit français, la portée et l'utilité de la notion de droits propres au sens où l'entend la doctrine actuelle paraissent assez réduites. La loi, nous l'avons dit, ne soumet à l'approbation de l'unanimité des actionnaires que l'augmentation de leurs engagements et, dans certaines hypothèses, le changement de nationalité de la société. Toute clause statutaire supprimant le droit de souscription préférentiel des actionnaires est réputée non écrite⁸⁹. La méconnaissance d'autres droits de l'actionnaire en tant qu'apporteur de capital ne semble pouvoir être sanctionnée, au moins s'il s'agit de décisions de l'assemblée générale extraordinaire, que par la voie de l'abus de majorité⁹⁰, et cet abus consiste dans une rupture sans contrepartie de l'égalité entre actionnaires, sans qu'il soit utile d'invoquer une atteinte à des droits inaliénables, mais aussi sans qu'une telle atteinte soit suffisante puisque l'abus de majorité suppose une inégalité et un élément intentionnel.

113. En droit suisse, en revanche, la notion de droit acquis, conçue de manière beaucoup plus large que celle de droit propre en France, est une pièce importante du système juridique de la société anonyme. La théorie des droits acquis trouve son fondement dans l'article 646 CO et a fait l'objet de nombreux développements doctrinaux⁹¹. L'article 646 CO dispose que « les actionnaires ne peuvent être privés sans leur assentiment

⁸⁵ Berr, n. 348 ss., p. 212 ss. ; Noirel, n. 114 ss., p. 84 ss. ; note *in* Grands arrêts, p. 214.

⁸⁶ En particulier, Paris, 24 nov. 1954, D. 1955.236, note Ripert ; J.C.P. 1955.II.8448, concl. Lambert, note Bastian ; J.S. 1955.193, note Cordonnier ; Grands arrêts n. 67, p. 214, note Noirel.

⁸⁷ Berr, n. 353, p. 215 ; *contra*, pour le droit de vote, Didier, p. 540.

⁸⁸ Berr, n. 354-378, p. 215-227.

⁸⁹ Art. 183 al. 2 LSC.

⁹⁰ Voir *infra*, n. 184.

⁹¹ Voir, tout particulièrement, la thèse très fouillée de Schluep.

des droits acquis attachés à leur qualité d'associés » et range parmi les droits acquis la qualité d'associé, le droit de vote, le droit d'attaquer une décision sociale, ainsi que le droit aux dividendes et à la part de liquidation. Les auteurs s'accordent à considérer que cette liste n'est pas limitative et n'ont pas manqué de l'allonger. Toutefois, pour Schluep, il n'est pas possible d'adopter un critère général du droit acquis. L'intangibilité de tel droit déterminé ne peut résulter que des dispositions légales ou statutaires ou, à défaut, d'une appréciation des intérêts en présence sur la base de laquelle le juge se prononcera « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (art. 1 al. 2 CCS)⁹². Du moins peut-on remarquer que, contrairement aux droits propres admis par les auteurs français, les droits acquis sont, en Suisse, aussi bien des droits d'administration, des droits fonctionnels que des droits que l'actionnaire possède en qualité d'apporteur de capital.

114. Si le propre des droits acquis de l'actionnaire est en principe d'échapper au pouvoir des organes sociaux, cette intangibilité n'est pas toujours absolue. A côté des droits acquis absolus, doctrine et jurisprudence ont admis l'existence de droits acquis relatifs⁹³. Si ceux-ci ne peuvent être purement et simplement supprimés dans leur principe, leur exercice peut être limité dans la mesure où l'intérêt social l'exige. Ainsi en est-il notamment du droit au dividende, ou encore du droit au libre transfert des actions.

Malgré ses incertitudes et ses limites, la théorie des droits acquis apparaît, en droit suisse, comme une garantie assez efficace des intérêts des actionnaires. La jurisprudence relative à l'introduction de clauses d'agrément au transfert d'actions nominatives est à cet égard significatives⁹⁴.

§ 2. *L'information des actionnaires.*

115. Parmi les mesures protectrices de l'actionnaire, une importance particulière doit être accordée à son information. Il est vain d'accorder à tout propriétaire d'actions des droits d'intervention, le droit de vote en particulier, s'il ne peut les exercer en connaissance de cause⁹⁵. Il faut distinguer, à cet égard, l'information que la loi fait obligation à toute société de fournir à ses actionnaires, voire au public, les renseignements que l'actionnaire a le droit de demander à la société, enfin le contrôle

⁹² Schluep, p. 360-361.

⁹³ Voir notamment Schluep, *passim*.

⁹⁴ Voir *supra*, note 36 sous n. 90.

⁹⁵ Galbraith, p. 87 : « The one thing worse than the loss of power by the small or passive stockholder would be its uninformed exercise. »

collectif exercé, pour le compte des actionnaires, par une personne désignée à cet effet.

A. L'information obligatoire des actionnaires.

116. La loi oblige les sociétés anonymes à fournir à leurs actionnaires un certain nombre d'informations destinées à leur permettre d'exercer et de défendre leurs droits. Mais on ne saurait négliger non plus, sous l'angle de l'information des actionnaires, la publicité imposée aux sociétés. Encore faut-il que la publicité des sociétés soit régulière et exacte, ce qui suppose qu'elle soit contrôlée.

1. Les documents communiqués aux actionnaires.

117. La société doit communiquer à ses actionnaires un certain nombre de documents, soit préalablement aux assemblées générales, soit de manière permanente. La liste légale de ces documents est différente en droit suisse et en droit français, et il faut remarquer qu'elle est notablement plus étendue dans le second système, surtout depuis 1966⁹⁶. Les statuts peuvent, bien entendu, étendre le droit de l'actionnaire à l'information.

118. En Suisse, les actionnaires ont accès, dix jours au moins avant l'assemblée générale ordinaire, au compte de profits et pertes et au bilan, au rapport des contrôleurs, au rapport de gestion et aux propositions concernant l'emploi du bénéfice net⁹⁷. Dix jours au moins avant l'assemblée extraordinaire, ils peuvent consulter les propositions de modification des statuts⁹⁸.

La loi française est nettement plus exigeante. Avant toute assemblée générale, l'article 135 DSC impose la communication : de renseignements soit sur des administrateurs et directeurs généraux, soit sur les membres du conseil de surveillance et du directoire ; du texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration ou le directoire ; du texte et de l'exposé des motifs des projets de résolution présentés par les actionnaires, du rapport du conseil d'administration ou du directoire, ainsi que, le cas échéant, des observations du conseil de surveillance ; de renseignements sur les candidats aux fonctions d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance. S'il s'agit d'une assemblée ordinaire, doivent être communiqués le compte d'exploitation générale, le compte

⁹⁶ Sur le régime antérieur, voir Heurteux.

⁹⁷ Art. 696 al. 1 CO.

⁹⁸ Art. 700 al. 1 CO.

de pertes et profits, le bilan, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance, les rapports spéciaux des commissaires aux comptes sur les conventions impliquant des dirigeants sociaux et soumises à l'approbation de l'assemblée générale, enfin un tableau conforme à un modèle imposé et faisant apparaître les résultats des cinq derniers exercices. S'il s'agit d'une assemblée générale extraordinaire, le rapport des commissaires aux comptes qui sera, le cas échéant, présenté à l'assemblée doit également être communiqué.

L'actionnaire français peut également prendre connaissance d'un certain nombre de documents complémentaires : liste des actionnaires (art. 169 LSC et 140 DSC), inventaire (art. 168, ch. 1 LSC), montant global des rémunérations versées aux cinq ou dix personnes les mieux rémunérées selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés (art. 168 ch. 4 LSC), rapport général des commissaires aux comptes (art. 168 ch. 2 LSC), rapport des commissaires aux apports en cas d'augmentation de capital, etc. Tout actionnaire exerçant le droit d'obtenir communication de documents et renseignements auprès de la société peut se faire assister d'un expert (art. 144 DSC) ; l'importance pratique de cette disposition est évidente.

119. Outre ces documents de consultation temporaire, il existe un certain nombre de documents qui restent de manière permanente à la disposition des actionnaires. En France, les actionnaires ont le droit, à toute époque, d'obtenir communication des documents suivants relatifs aux trois derniers exercices (art. 170 LSC) : inventaire, compte d'exploitation générale, compte de pertes et profits et bilan ; liste des administrateurs ; rapport du conseil et des commissaires aux comptes, texte des résolutions ; renseignements concernant les candidats aux conseils ; montant global des rémunérations ; procès-verbaux des assemblées et feuilles de présence. Les sociétés cotées en Bourse dont le bilan n'excède pas dix millions de francs doivent en outre adresser, dans les quinze jours, à tout actionnaire qui en fait la demande, leur bilan, le compte de profits et pertes et le compte d'exploitation générale, l'inventaire des valeurs en portefeuille, l'indication du montant des engagements hors bilan, un tableau relatif à la répartition et à l'affectation des bénéfices et un tableau de renseignements concernant les filiales et les participations (art. 397 et 295 DSC).

En Suisse, le compte de profits et pertes, le bilan et le rapport de gestion, demeurent pendant une année seulement à la disposition des actionnaires ⁹⁹.

⁹⁹ Art. 696 al. 2 CO.

120. En Suisse comme en France, tous les documents communiqués aux actionnaires peuvent être consultés dans les locaux de la société¹⁰⁰ et le droit de prendre connaissance comporte celui de prendre copie, sauf en ce qui concerne l'inventaire¹⁰¹. En vertu de l'article 138 DSC, la société est en outre tenue d'envoyer à ses frais, avant l'assemblée générale, aux actionnaires qui en font la demande soit pour cette assemblée elle-même soit de façon générale, les documents et renseignements visés à l'article 135 ainsi que ceux que la société doit joindre à toute formule de procuration (art. 133 DSC). En Suisse, une telle obligation ne pourrait résulter que des statuts.

2. *La publicité des sociétés.*

121. Au-delà du cercle des associés, la publicité des sociétés s'adresse en premier lieu au public en général et vise à informer les créanciers sociaux et les tiers appelés à entrer en rapport d'affaires avec la société. Cependant, cette publicité touche les actionnaires aussi bien que les tiers ; en France et pour les sociétés dont les actions sont cotées en Bourse, elle leur fournit des renseignements recoupant et complétant ceux qui leur ont été communiqués en tant qu'actionnaires. De plus, accessible à tout épargnant, la publicité atteint des actionnaires en puissance. Enfin, il faut sans doute reconnaître à la publicité un certain rôle moralisateur qui concourt à la protection des actionnaires : les dirigeants sociaux sont d'autant moins enclins à poursuivre des buts égoïstes et à négliger l'intérêt des actionnaires que leurs actes seront soumis à une plus large publicité¹⁰².

122. Deux modes de publicité sont concevables : le système du registre public où sont inscrits les renseignements à publier ou auprès duquel sont déposés un certain nombre de pièces, et le système de la publication dans un journal officiel ou habilité à recevoir des annonces légales. Les régimes suisse et français combinent tous deux les deux procédés.

La publicité exigée des sociétés anonymes lors de leur constitution, à l'occasion des modifications statutaires et lors de leur liquidation n'intéresse pas l'information des actionnaires. Il en est autrement, en France du moins, de la publicité des documents comptables imposée aux sociétés dont les titres sont cotés en Bourse.

¹⁰⁰ Art. 696 al. 1 CO ; 139 al. 1 et 142 al. 1 DSC.

¹⁰¹ Art. 139 al. 3 et 142 al. 2 DSC. En Suisse, il faut admettre également le droit de prendre copie des documents de consultation temporaire ; pour le bilan et le compte PP de l'exercice écoulé, l'art. 696 al. 2 CO prévoit que l'actionnaire peut s'en faire délivrer copie aux frais de la société.

¹⁰² Eisenberg, *California Law Review* 57 (1969), p. 31.

123. Les sociétés cotées en Bourse dont le bilan dépasse dix millions de francs sont tenues de publier au *Bulletin des annonces légales obligatoires* (B.A.L.O.), dans les quarante-cinq jours suivant l'approbation des comptes par l'assemblée générale, leur bilan présenté conformément à un modèle imposé, leur compte d'exploitation générale, leur compte de pertes et profits, l'inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille (art. 294 DSC), ainsi que l'indication du montant des engagements hors bilan, un tableau relatif à la répartition et à l'affectation des bénéfices conforme à un modèle imposé, un tableau de renseignements concernant les filiales et les participations, également présenté selon un modèle prévu par décret (art. 295 DSC). Les mêmes sociétés doivent encore publier au B.A.L.O., tous les trimestres, le montant de leur chiffre d'affaires du trimestre écoulé, le cas échéant, de chacun des trimestres précédents de l'exercice en cours et de l'ensemble de cet exercice, ainsi que le rappel des indications correspondantes de l'exercice antérieur, et tous les semestres une situation provisoire du bilan arrêtée au terme du semestre écoulé (art. 296 DSC). Les sociétés cotées en Bourse dont le bilan n'excède pas dix millions de francs doivent adresser, dans les quinze jours, à tout actionnaire qui en fait la demande, tous ces documents à l'exception de ceux visés à l'article 296 DSC (art. 297 DSC).

Enfin, les filiales des sociétés cotées sont tenues, sous certaines conditions, de publier au B.A.L.O. leur bilan et ses annexes, leur compte d'exploitation générale, leur compte de pertes et profits et l'inventaire détaillé de leurs valeurs en portefeuille (art. 298 DSC).

124. De plus, toute société par actions, même non cotée, doit « déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce, dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires, le bilan, le compte de pertes et profits et le compte d'exploitation générale de l'exercice écoulé » (art. 293 DSC).

125. En Suisse, les sociétés anonymes non soumises à des lois particulières¹⁰³ ne sont pas astreintes à la publication de documents comptables. Tout au plus, l'article 704 CO, complété par l'article 85 ORC, dispose-t-il qu'à la requête d'un créancier social, le préposé au registre du commerce « invite les sociétés qui ne publient pas leur compte de profits et pertes et leur bilan à déposer ces documents pour qu'ils puissent être consultés dans la teneur approuvée par l'assemblée générale ». Cette disposition ne concourt nullement à l'information des actionnaires, mais protège uniquement les créanciers sociaux actuels¹⁰⁴.

¹⁰³ Voir Perret, p. 24, note 35.

¹⁰⁴ Perret, p. 20 et la jurisprudence citée.

3. *Le contrôle de la publicité des sociétés.*

126. Les mesures de publicité imposées, en France, aux sociétés cotées en Bourse supposent un contrôle de la régularité et de l'exactitude des informations publiées. Ce contrôle est exercé par la Commission des opérations de Bourse, créée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 sur le modèle de la Commission bancaire belge et de la S.E.C. américaine ¹⁰⁵.

La Commission « s'assure que les publications prévues par les dispositions législatives ou réglementaires sont régulièrement effectuées » et vérifie les informations diffusées par les sociétés assujetties à son contrôle ¹⁰⁶. Elle surveille, au B.A.L.O., les informations auxquelles sont astreintes les sociétés, se fait adresser un exemplaire de tous les documents que les sociétés sont tenues de publier ou de communiquer à l'occasion de leurs assemblées, etc. En outre, « la Commission s'est donné une mission de promotion en s'intéressant directement à la profession de commissaires aux comptes, en aidant à la normalisation des comptes et au développement des comptes consolidés, en assurant un rôle d'impulsion et de formation au jour le jour et cas par cas » ¹⁰⁷.

La Commission dispose d'un pouvoir d'enquête illimité et peut « recevoir de tout intéressé les réclamations, pétitions, plaintes qui entrent par leur objet dans sa compétence et... leur donner la suite qu'elles comportent » ¹⁰⁸.

Cette Commission des opérations de Bourse est encore jeune, mais elle apparaît comme « le plus spécialisé et peut-être, à terme, le plus important des organes de contrôle social » ¹⁰⁹. Elle deviendra sans doute, si elle suit les traces de ses devancières, une pièce fondamentale de la protection des actionnaires, tant par la qualité de l'information qu'elle leur garantit que par la régularité qu'elle tend à imposer dans la conduite des sociétés.

¹⁰⁵ Voir Guyénot, D. 1968.L.139. Voir le texte de l'ordonnance *in* Dalloz, Code des Sociétés, 1971, p. 386.

¹⁰⁶ Ord. 28 sept. 1967, art. 3 al. 1 et 2. Par ses « communiqués » publiés dans son Bulletin mensuel, la C.O.B. émet en outre des « souhaits » allant au-delà des exigences légales en matière d'information des actionnaires ; voir Houin, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 373.

¹⁰⁷ Didier, p. 433.

¹⁰⁸ Ord. précitée, art. 4 al. 1.

¹⁰⁹ Didier, p. 431.

B. *Le droit de renseignement de l'actionnaire.*

127. Si l'actionnaire a droit à recevoir de sa société communication d'un certain nombre de documents et de renseignements énumérés par la loi, il peut également demander des explications, des renseignements ou la communication de documents supplémentaires.

128. En France, où les documents communiqués aux actionnaires sont nombreux et variés, aucune disposition légale ne consacre un droit de l'actionnaire à se renseigner. Sans doute faut-il cependant lui reconnaître le droit accordé par la loi aux associés non gérants dans les SARL (art. 56 al. 3 LSC), les sociétés en nom (art. 17 LSC) et en commandite simple (art. 29 LSC), de poser des questions écrites ou orales aux dirigeants sociaux¹¹⁰. Ceux-ci seront tenus d'y répondre dans la limite du secret des affaires¹¹¹.

129. En droit suisse, ce droit de renseignement de l'actionnaire se fonde sur l'article 697 CO. Ce texte consacre en fait trois aspects du droit de renseignement : le droit de renseignement au sens strict (*Auskunftsrecht*), le droit de consultation des livres et de la correspondance (*Recht auf Einsicht*), enfin le droit d'exiger en justice les renseignements demandés (*Klagerecht auf Auskunfterteilung*)¹¹².

130. Le droit de renseignement au sens strict est, en vertu de l'article 697 alinéa 1 CO, celui « de signaler à l'attention des contrôleurs les évaluations douteuses et de réclamer les explications nécessaires ». Ce droit de renseignement peut être exercé en tout temps et non seulement lors de l'assemblée générale¹¹³ et, malgré la lettre de la loi, les questions peuvent être adressées non seulement à l'organe de contrôle, mais aussi à l'administration¹¹⁴. Il ne fait aucun doute que les questions des actionnaires ne sont pas limitées aux évaluations douteuses ni même au domaine comptable, mais peuvent s'étendre à tous les points utiles à l'exercice du droit de contrôle de l'actionnaire¹¹⁵, sous réserve du secret des affaires.

¹¹⁰ Schmidt, n. 135, p. 97.

¹¹¹ *Ibid.* et les références citées ; Noirel, note sous Com. 9 févr. 1954, Grands arrêts, p. 203. Dans cette espèce, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la Cour de Lyon reconnaissant aux actionnaires le droit d'obtenir le détail des frais généraux, dont seul le montant global figurait au compte PP.

¹¹² Bürgi, art. 697 CO ; K. Widmer, p. 45 ss.

¹¹³ Bürgi, art. 697 CO, n. 7 ; Ruffieux, p. 55-56. *Contra* : K. Widmer, p. 46.

¹¹⁴ Bürgi, art. 697 CO, n. 11-15.

¹¹⁵ Bürgi, art. 697 CO, n. 32 ; Schluep, p. 183.

131. L'alinéa 2 de l'article 697 CO accorde à l'actionnaire le droit de consulter les livres et la correspondance de la société, mais seulement avec l'autorisation expresse soit de l'assemblée générale, soit du conseil d'administration¹¹⁶, et toujours sous réserve du secret des affaires. La requête de l'actionnaire ne doit, semble-t-il, être présentée, ou en tout cas tranchée que lors de l'assemblée générale¹¹⁷. Ce sont « les livres et la correspondance » qui font, d'après la loi, l'objet du droit de consultation, mais ces termes doivent être interprétés de manière extensive¹¹⁸.

132. Si l'article 697 alinéa 3 CO accorde à l'actionnaire le droit d'exiger en justice des renseignements, ce n'est là que la sanction des droits de renseignement et de consultation consacrés par les alinéas précédents. La jurisprudence en conclut qu'il faut, pour que l'action soit recevable, que l'actionnaire ait d'abord saisi en vain l'assemblée générale de sa demande de renseignements ou de consultation¹¹⁹.

Cette jurisprudence n'apparaît nullement justifiée par les dispositions légales. Pourquoi, en effet, exiger un refus de l'assemblée générale alors que c'est au conseil d'administration ou à l'organe de contrôle que doit s'adresser la demande de renseignements et que le conseil est, comme l'assemblée générale, compétent pour accorder ou refuser l'accès aux documents sociaux ? D'autre part, la solution jurisprudentielle aboutit à priver l'article 697 CO d'une bonne part de sa portée car l'actionnaire n'a aucun moyen d'obliger l'assemblée générale à se prononcer sur sa requête. Si les renseignements lui sont refusés par l'administration en dehors de l'assemblée générale, l'actionnaire n'a pas, en vertu du Code des obligations, le droit de faire inscrire sa demande à l'ordre du jour de la prochaine assemblée. Si c'est lors de l'assemblée que le conseil d'administration lui refuse des renseignements ou l'accès aux livres sociaux, il ne peut non plus saisir l'assemblée et celle-ci n'aurait du reste pas le droit de se prononcer sur ce point non inscrit à l'ordre du jour (art. 700 al. 2 CO). L'actionnaire désireux de s'informer malgré un refus du conseil d'administration en sera-t-il alors réduit à requérir la convocation d'une assemblée générale pour examiner sa requête, avant de pouvoir saisir le juge ? Encore faudrait-il, en vertu de l'article 699 alinéa 3 CO, qu'il détienne le dixième au moins du capital social ou qu'il puisse mobiliser

¹¹⁶ Il s'agit là d'une compétence alternative ; Bürgi, art. 697 CO, n. 17 ; Schluep, p. 179.

¹¹⁷ Bürgi, art. 697 CO, n. 18 ; Wyss, p. 213. *Contra* : K. Widmer, p. 48-49.

¹¹⁸ Bürgi, art. 697 CO, n. 21 ; Schluep, p. 180 ; K. Widmer, p. 47-48 ; Wyss, p. 215.

¹¹⁹ ATF 54.II.19 = JT 1928.I.430 (p. 435) ; Cour de justice Genève, Sem. jud. 1952, p. 234.

en faveur de sa demande un nombre d'actionnaires suffisant pour atteindre cette proportion.

Le juge peut obliger la société à renseigner les actionnaires « sur des faits précis qui sont importants pour l'exercice du droit de contrôle » ; en fait, ce sont les renseignements auxquels il aurait droit en vertu des alinéas précédents que l'actionnaire peut exiger par la voie judiciaire. En revanche, le juge ne peut ordonner à la société de laisser l'actionnaire consulter par lui-même les livres ou la correspondance, il peut seulement l'obliger à en produire des extraits certifiés conformes¹²⁰. La loi précise que la décision du juge ne doit pas compromettre les intérêts de la société.

133. Les termes de l'article 697 CO paraissent, au premier abord, assez imprécis pour permettre un contrôle relativement étendu de la part de l'actionnaire, d'autant plus que le dernier alinéa de cette disposition fait du droit de renseignement, sous ses trois aspects, un droit acquis. Cependant, il ne s'agit là que d'un droit acquis relatif, dont l'exercice peut être paralysé au nom de l'intérêt social. La loi elle-même précise que le secret des affaires ne doit pas être compromis par l'exercice du droit de renseignement de l'actionnaire : lorsque ce secret se trouve menacé, la société, mais aussi le juge, doivent refuser le renseignement demandé. Certes, s'agissant d'un droit acquis relatif, le juge devrait mettre en balance l'intérêt de l'actionnaire à obtenir le renseignement qu'il requiert et l'intérêt de la société à le lui refuser¹²¹, mais comment espérer que le premier intérêt puisse l'emporter sur le second alors que l'on ne peut même pas exiger de la société qu'elle prouve son intérêt de manière absolue ? Un arrêt du Tribunal fédéral de 1956 est particulièrement net à cet égard : «... le secret des affaires, tel que l'entend l'art. 697 al. 3 CO, couvre tous les faits de la vie économique que l'intérêt légitime de la société commande de ne pas divulguer. Pour que les renseignements doivent être refusés, il suffit donc, même si le requérant a en vue l'intérêt général des actionnaires, que celui-ci soit moins grand que l'intérêt de la société à refuser les indications demandées. A cet égard, on ne saurait exiger de la société la preuve stricte de son intérêt. Car elle ne pourrait fréquemment l'apporter qu'en divulguant les faits qu'elle veut précisément tenir cachés. Dès lors, il doit suffire que la société anonyme rende vraisemblable l'intérêt qui lui commande de refuser les renseignements demandés »¹²². Finalement, la tentation est grande pour l'administration de se retrancher derrière le secret des affaires chaque fois qu'un actionnaire

¹²⁰ Bürgi, art. 697 CO, n. 26 ; K. Widmer, p. 55 ; Wyss, p. 217.

¹²¹ Bürgi, art. 697 CO, n. 38-39.

¹²² ATF 82.II.216 (p. 222).

se montre un peu curieux, et force est de reconnaître que la chose lui est facile.

Le contrôle individuel de l'actionnaire est donc assez illusoire. Qu'en est-il maintenant du contrôle collectif ?

C. Les contrôles externes.

134. Si les actionnaires peuvent exercer un contrôle individuel, la loi institue également ce que l'on peut appeler un contrôle collectif, en ce sens qu'il s'exerce au profit de tous les actionnaires, ou mieux un contrôle externe puisqu'il est exercé par des personnes extérieures à l'assemblée générale et à l'administration (ou au directoire et au conseil de surveillance). Nous distinguerons le contrôle ordinaire exercé par l'organe de contrôle du droit suisse et les commissaires aux comptes du droit français, du contrôle extraordinaire institué par la loi française dans certaines hypothèses particulières.

135. Ranger l'organe de contrôle parmi les moyens d'information de l'actionnaire, c'est, au premier abord, avoir une vue simpliste et partielle de ses fonctions. Les contrôleurs ou commissaires aux comptes ont, en effet, pour mission essentielle de « contrôler la régularité et la sincérité des comptes sociaux »¹²³, et il est certain que ce contrôle profite non seulement aux actionnaires, mais également aux créanciers sociaux. En outre, les commissaires aux comptes français doivent porter à la connaissance du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, selon les cas, les irrégularités et les inexactitudes qu'ils auraient découvertes, leur faire part des modifications comptables qui leur paraissent opportunes, notamment dans les méthodes d'évaluation utilisées pour l'établissement des comptes, et leur présenter les conclusions auxquelles les conduisent leurs observations et les rectifications proposées (art. 230 LSC) ; en Suisse, les contrôleurs procèdent de même dans la pratique¹²⁴. Cependant, contrôle comptable et information des dirigeants sociaux visent finalement à assurer la régularité et l'exactitude des documents comptables soumis à l'assemblée générale et concourent donc à assurer une bonne information des actionnaires.

En France, d'ailleurs, le contrôle des commissaires aux comptes s'étend au rapport de gestion et aux autres documents adressés aux actionnaires (art. 228 al. 2 LSC).

¹²³ Art. 228 al. 2 LSC ; cf. art. 728 CO. Hirsch, *Organe de contrôle*, p. 104, parle d'un « contrôle de légalité ».

¹²⁴ Hirsch, *op. cit.*, p. 94-95.

136. En outre, les contrôleurs remplissent directement une mission d'information de l'assemblée générale. Leur contrôle aboutit à la rédaction d'un rapport présenté à l'assemblée générale annuelle appelée à statuer sur les comptes et destiné à permettre aux actionnaires de se prononcer en connaissance de cause sur les comptes et la répartition des bénéfices ¹²⁵. En France, la mission des commissaires comporte encore un certain nombre de contrôles spéciaux ¹²⁶ et la rédaction de rapports sur des points particuliers ¹²⁷. Dans leurs divers rapports à l'assemblée générale, les commissaires aux comptes doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont pu relever dans l'accomplissement de leur mission (art. 233 LSC). En Suisse où la mission des contrôleurs est définie de façon plus limitative par l'article 728 CO, l'article 729 alinéa 3 leur fait aussi obligation de signaler les « irrégularités et les violations de prescriptions légales ou statutaires » qu'ils constatent dans l'accomplissement de leurs fonctions, au service à qui la personne responsable est directement subordonnée et au président du conseil d'administration, mais aussi, dans les cas importants, à l'assemblée générale ¹²⁸.

137. A côté du contrôle ordinaire exercé par les commissaires aux comptes, la loi française institue, dans deux hypothèses, ce que nous appellerons un contrôle extraordinaire. Tout d'abord, lors de la constitution de la société (art. 80 et 86 LSC) ou d'une augmentation de capital (art. 139 LSC), un ou plusieurs commissaires aux apports désignés par le juge doivent établir un rapport appréciant la valeur des apports en nature et les avantages particuliers ; c'est sur ce rapport que se fonde l'approbation de l'assemblée générale. Mais surtout, l'article 226 LSC apporte une intéressante innovation, en permettant à « un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social (de) demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion... Le rapport est adressé au demandeur, ainsi que, selon le cas, au conseil d'administration ou au directeur et au conseil de surveillance. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité ».

¹²⁵ Art. 729 al. 1 CO ; 193 DSC. Hirsch, *op. cit.*, p. 149 insiste sur le fait que le rapport doit comporter un jugement de valeur sur le bilan.

¹²⁶ Vérification des actions de garantie (art. 97 LSC, 132 DSC) ; vérification que l'égalité entre actionnaires a été respectée (art. 228 LSC) ; vérification à l'occasion des prises de participation (art. 356 LSC, 251 DSC) ; contrôle des frais généraux (art. 27 L. 12 juill. 1965).

¹²⁷ Conventions entre la société et les dirigeants (art. 103 et 145 al. 3 LSC) ; réduction de capital (art. 215 al. 2 LSC) ; transformation de la société (art. 237 al. 1 LSC) ; fusion (art. 377 LSC), etc.

¹²⁸ Sur le sens et la portée de cette disposition, voir Hirsch, *op. cit.*, p. 168 ss.

Comme le relève un récent arrêt de la Cour d'appel de Rouen ¹²⁹, ces dispositions « ont pour but de prévenir les abus de majorité et de permettre aux actionnaires, faisant partie d'un groupe minoritaire, de se renseigner sur la nature, la portée et les conséquences d'opérations de gestion susceptibles de leur porter préjudice ». Pour le professeur Didier ¹³⁰, il ne fait donc pas de doute que la nomination d'un expert est une marque de suspicion à l'égard du commissaire (aux comptes) et un moyen de contrôler le contrôleur », et le droit qui leur est reconnu par l'article 226 LSC constitue, « au profit des minoritaires, un diminutif de la révocation » du commissaire ¹³¹. Les considérants de l'arrêt précité paraissent aller en ce sens puisque, pour faire droit à la demande de nomination d'un expert, les juges normands ont notamment relevé que les rapports spéciaux nécessaires sur les conventions litigieuses ne faisaient « état que de façon par trop sommaire des renseignements que les commissaires aux comptes » avaient mission de recueillir, ce qui semble faire — au moins dans le cas d'espèce — de l'insuffisance des commissaires une condition de la mise en œuvre de l'article 226 LSC.

Il faut cependant remarquer que l'expert de l'article 226 est à la fois plus et moins qu'un commissaire de minorité » ¹³². Plus, car sa mission ne se borne pas à un simple contrôle comptable, ni même à une pure appréciation de légalité ; c'est un véritable contrôle de gestion qui peut s'étendre à l'opportunité ¹³³. Moins, car l'expert ne peut enquêter que « sur une ou plusieurs opérations de gestion » déterminées ; une ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Tourcoing ¹³⁴, qui étendait la mission de l'expert à l'ensemble de la gestion sociale pendant une période déterminée, a été réformée en appel par la Cour de Douai ¹³⁵.

¹²⁹ Rouen, 17 mars 1970, J.C.P. 1971.II.16606, note N. Bernard.

¹³⁰ Didier, p. 425.

¹³¹ En vertu de l'art. 225 LSC, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la révocation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes et la désignation d'un ou plusieurs autres.

¹³² N'est-ce pas plutôt l'art. 225 LSC qui institue un tel « commissaire de minorité » ? Le terme, en tout cas, a été employé par le rapporteur de la Commission des lois à l'Assemblée nationale ; voir Hamiaut, II, p. 204-205.

¹³³ Le dispositif de l'arrêt de Rouen, précité note 129, donne notamment pour mission à l'expert « de dire enfin si ces opérations lui paraissent avoir été régulièrement décidées, si elles sont conformes à l'intérêt social... et si elles s'imposaient étant donné les circonstances, ou s'avéraient simplement utiles ».

¹³⁴ 16 janv. 1970, J.C.P. 1970.II.16424, note N. Bernard ; Houin, Rev. trim. dr. com. 1970, p. 727.

¹³⁵ Douai, 10 juillet 1970, D. 1971.179 ; Rev. soc. 1970.662, note J.H. ; Houin, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 375, qui analyse en outre diverses autres décisions rendues sur la base de l'art. 226 LSC ; Contin et Hovasse, D. 1971.chron.75. D'après l'arrêt de Douai, la nomination d'un expert de l'art. 226 ne serait qu'un moyen de droit subsidiaire ; Houin, *loc. cit.*, critique à juste titre cette position ;

D. Le rôle de l'information des actionnaires.

138. Au terme de ce paragraphe, une conclusion s'impose : l'actionnaire français dispose d'une très large information alors que l'actionnaire suisse, au contraire, apparaît particulièrement mal informé. Ce contraste est tout spécialement évident en ce qui concerne l'information obligatoire envisagée sous lettre A, mais il existe également sur le plan des contrôles externes.

Mais quelle que soit l'importance quantitative et qualitative de l'information, il n'est pas inutile de s'interroger brièvement sur le rôle qu'elle remplit dans la protection de l'actionnaire. Nous avons dit, au début du présent paragraphe, que l'information devait permettre à l'actionnaire d'exercer en connaissance de cause ses droits d'intervention, mais ce n'est là qu'un aspect du rôle de l'information, qui, en fait, est triple.

Tout d'abord, c'est à l'investisseur que l'information s'adresse. C'est sur la base de renseignements sur la société émettrice des titres que l'épargnant devient actionnaire et que l'ancien actionnaire va décider de conserver, d'accroître ou de céder sa participation. L'information doit ensuite permettre à l'actionnaire d'exercer au mieux sa fonction de participation et de contrôle au sein de la société en fournissant une base rationnelle à ses décisions. Enfin, nous l'avons déjà dit à propos de la publicité des sociétés, une large information remplit une fonction prophylactique à l'égard d'éventuels abus de la part des personnes contrôlant la société. Les maisons de verre se prêtent mal à la débauche et les dirigeants ou contrôleurs recourront moins aisément à des pratiques indélicates ou simplement douteuses s'ils ne peuvent tirer entre eux et les actionnaires les épais rideaux du secret.

Il serait cependant naïf de voir dans l'information des actionnaires la panacée universelle. La vie des affaires est complexe et le langage des comptes n'est pas celui du commun des mortels. Plus l'information est complète, plus elle est difficile à dominer pour l'actionnaire moyen. Dans les grandes sociétés, elle ne s'adresse finalement qu'à une minorité d'initiés comprenant d'une part certains actionnaires entrepreneurs, et d'autre part un certain nombre d'intermédiaires — presse financière, agents de change,

adde Houin, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 717. Un arrêt de la Cour d'Orléans du 22 novembre 1971 rejette la conception selon laquelle l'art. 226 LSC ne serait que subsidiaire ; le même arrêt déclare que si l'expertise doit porter sur des actes de gestion indiqués par le demandeur, ni le nombre ni la nature de ces actes ne sont limités par la loi ; est notamment admissible une appréciation critique de l'incidence d'opérations déterminées sur la marche générale de la société ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 408.

banques — chargés d'interpréter pour la masse des épargnants les données ésotériques fournies par les sociétés. Certes, l'information brute, à laquelle les chiffres sont censés conférer quelque objectivité, risque alors de se charger de toute la subjectivité des interprètes, dont rien ne garantit l'indépendance.

L'impossibilité pour l'actionnaire ordinaire de dominer l'information qui lui est destinée donne, bien entendu, toute son importance aux contrôles externes. Le bailleur de fonds est, dans une certaine mesure, moins protégé par l'information qui lui est directement fournie que par les retombées de cette information : il n'est pas seul à recevoir ces renseignements et c'est dans leur examen par des gens plus compétents que lui que réside, en grande partie, sa protection.

Il n'en reste pas moins vrai que l'information des actionnaires trouve son prolongement dans la fonction qu'exerce l'actionnaire au sein de la société, en particulier dans le cadre du processus de formation de la volonté sociale que nous allons maintenant aborder. Mais cette affirmation doit être nuancé par les réserves que nous venons d'apporter.

§ 3. *La formation de la volonté sociale.*

139. La société doit vivre, agir, prendre des décisions ; il y a donc une volonté sociale, une volonté de la personne morale. Certes, au niveau de la gestion, cette volonté est élaborée et exprimée par les dirigeants sociaux — conseil d'administration ou directoire — et les actionnaires n'interviennent pas au stade de sa formation. Cependant, le cadre statutaire — y compris les décisions touchant à la structure sociale : modification du capital social, fusion, etc. — ainsi que les grandes options de la politique sociale — par le biais de la nomination du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, et du contrôle a posteriori exercé par l'assemblée annuelle — sont déterminés par l'assemblée générale des actionnaires. C'est donc également au niveau de cette dernière que se forme la volonté sociale, « volonté de la collectivité des associés »¹³⁶.

Cette volonté sociale s'élabore selon un processus prévu par la loi. Ce processus est protecteur de l'actionnaire dans la mesure où il tend à éviter que la société et l'actionnaire ne soient soumis à l'arbitraire de quelques-uns, et à assurer aux associés un rôle dans la formation de la volonté de l'être moral.

¹³⁶ Schmidt, n. 68, p. 48.

¹³⁷ Art. 692 al. 2 CO ; 175 LSC.

¹³⁸ *Supra*, n. 91.

A. Les droits d'intervention de l'actionnaire.

140. Tout actionnaire peut intervenir dans la formation de la volonté sociale, en premier lieu par son droit de vote. En droit suisse comme en droit français, chaque actionnaire a droit à une voix au moins au sein de l'assemblée générale¹³⁷, et le droit de vote est assorti de prérogatives accessoires auxquelles nous avons déjà fait allusion¹³⁸ : le droit d'être convoqué et de prendre part à l'assemblée générale, celui de participer aux débats et d'y poser des questions. Un problème mérite d'être rapidement évoqué ici, c'est celui de la représentation.

141. Il est évident que tout actionnaire n'a pas toujours la possibilité d'assister en personne à l'assemblée générale. En France, les statuts peuvent d'ailleurs subordonner l'admission à l'assemblée ordinaire à la possession d'un certain nombre d'actions, qui ne saurait être supérieur à dix¹³⁹. En revanche, il importe de donner à tout actionnaire le droit d'exercer son droit de vote par l'entremise d'un mandataire¹⁴⁰. Aussi l'article 161 LSC prévoit-il qu'un actionnaire peut se faire représenter à une assemblée par un autre actionnaire ou par son propre conjoint¹⁴¹, et que tout actionnaire peut recevoir les pouvoirs d'autres actionnaires « sans autres limites que celles résultant des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre maximal des voix dont peut disposer une même personne, tant en son nom personnel que comme mandataire » ; cette disposition est d'ordre public et toute clause contraire est réputée non écrite¹⁴². De même, en droit suisse, l'article 627 chiffre 10 CO rangeant parmi les dispositions qui ne sont valables qu'à condition de figurer dans les statuts celles qui concernent la restriction du droit des actionnaires de se faire représenter, on peut en déduire, d'une part, qu'un tel droit existe et, d'autre part, qu'il peut être restreint mais non supprimé ; les seules restrictions concevables nous paraissent d'ailleurs être la limitation du choix du mandataire au cercle des actionnaires et la fixation du nombre maximal de voix que peut détenir le mandataire.

¹³⁹ Art. 165 LSC.

¹⁴⁰ Schmidt, n. 128, p. 89 : « favoriser la participation de la minorité à l'assemblée, c'est lui ouvrir le plus largement possible la faculté d'être représentée. »

¹⁴¹ D'après les travaux préparatoires de la loi, cette disposition entend interdire la représentation par des non-actionnaires et la constitution d'*officines de représentation* ; voir Hamiaut, II, p. 134-135.

¹⁴² Voir en outre l'art. 165 al. 2 LSC : « Plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'eux ou par le conjoint de l'un d'eux. »

¹⁴³ Didier, p. 524.

¹⁴⁴ Voir *infra*, n. 482.

Le véritable problème posé par la représentation des actionnaires à l'assemblée générale est celui des pouvoirs en blanc. En pratique, les petits actionnaires d'une grande société ne connaissent personne qui envisage de se rendre à l'assemblée, et ils se bornent à retourner à la société une formule de procuration signée, en lui laissant le soin de choisir un mandataire, qui sera en pratique l'un de ses administrateurs¹⁴³. Ainsi se constitue la « majorité silencieuse » nécessaire à la ratification des propositions des dirigeants sociaux : majorité car les voix des signataires des pouvoirs en blanc permettent l'adoption des décisions proposées — ce qui, soit dit en passant, les prive du droit de les attaquer en justice¹⁴⁴, silencieuse parce que ces actionnaires n'émettent en fait aucune déclaration de volonté mais ne font que déléguer l'usage de leur droit de vote. Le législateur français a limité à une seule assemblée la validité de la procuration (art. 132 al. 2 et 3 DSC). En outre, afin d'éviter toute équivoque, elle exige que la formule de procuration informe « l'actionnaire de manière très apparente que s'il en est fait retour à la société ou à l'une des personnes habilitées par elle à recueillir les procurations, sans indication de mandataire, il sera émis en son nom un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire » (art. 134 al. 1 DSC) ; « pour émettre tout autre vote, l'actionnaire doit faire choix d'un mandataire qui accepte de voter dans le sens indiqué par le mandant » (art. 134 al. 2 DSC), ce qui n'est pas toujours aisé. On peut douter que ces dispositions soient de nature à revaloriser le rôle de l'actionnaire qui se fait représenter. Le seul système qui paraisse propre à lui offrir une véritable liberté de choix est celui du « proxy » du droit américain, qui permet à l'actionnaire de conférer à celui qui sollicite le pouvoir de représentation le mandat impératif de voter soit pour, soit contre les résolutions proposées¹⁴⁵. Sans doute ce procédé se heurterait-il, en droit suisse ou français, à l'idée que les débats doivent éclairer le vote ; c'est cette conception qui s'oppose, dans les deux pays, à la validité du vote par correspondance¹⁴⁶. Mais n'y a-t-il pas quelque inconséquence à l'invoquer alors, d'une part, que le sens du vote qui sera émis sur la base d'un pouvoir en blanc est déterminé avant les débats, et que, d'autre part, rien n'interdit de confier à tel mandataire déterminé un mandat impératif ?

142. La loi confère également aux actionnaires détenant individuellement ou collectivement un certain pourcentage du capital social certains droits d'initiative en matière de formation de la volonté sociale. L'article 160 alinéa 2 LSC accorde à « un ou plusieurs actionnaires représentant au

¹⁴⁵ Voir Heurteux, p. 275 ss.

¹⁴⁶ Schmidt, n. 117 ss., p. 78 ss.

moins 5 p. 100 du capital ¹⁴⁷ la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution ne concernant pas la présentation des candidats au conseil d'administration ou au conseil de surveillance selon le cas ». C'est là une prérogative qui pourrait revêtir un grand intérêt pratique si les conditions réglementaires de sa mise en œuvre ne s'avéraient peu favorables ¹⁴⁸. Sans entrer dans les détails ¹⁴⁹, signalons que l'actionnaire désireux de requérir l'inscription de résolutions à l'ordre du jour ne dispose pour ce faire, et le cas échéant pour prendre contact avec d'autres actionnaires partageant son opinion, que d'un délai de dix jours. En outre, et ce qui est plus grave, l'actionnaire d'une société ne faisant pas appel à l'épargne publique se trouve, lorsqu'il formule son projet de résolution, « dans l'ignorance totale de l'ensemble des documents relatifs à l'assemblée projetée », dont la société n'est tenue de lui indiquer ni l'objet, ni le caractère ordinaire ou extraordinaire. Quant aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, l'information qui comporte l'ordre du jour de l'assemblée projetée et qui sert de point de départ au délai de dix jours est publiée au B.A.L.O., dont il faut convenir qu'il ne constitue pas la lecture de chevet de la plupart des actionnaires. On peut donc, en fin de compte, s'interroger sur la portée pratique de ce droit d'initiative de l'actionnaire.

Le droit suisse ne confère pas à l'actionnaire de droit d'initiative quant à l'ordre du jour d'une assemblée convoquée par l'administration ou les contrôleurs. L'article 699 alinéa 3 CO, qui permet à un ou plusieurs actionnaires détenant ensemble un dixième au moins du capital social de requérir la convocation de l'assemblée générale, ne peut servir de base à un tel droit d'initiative à moins, bien entendu, que le conseil d'administration ne veuille bien inscrire les propositions des actionnaires à l'ordre du jour de l'assemblée et en retarder, au besoin, la réunion afin que l'ordre du jour complété puisse être communiqué aux actionnaires dans le délai de dix jours de l'article 700 alinéa 1 CO. A défaut, le juge saisi en application de l'article 699 alinéa 4 ne peut retarder l'assemblée convoquée et ordonner que l'ordre du jour en soit complété.

En revanche, en Suisse comme en France ¹⁵⁰, un ou plusieurs actionnaires réunissant le dixième au moins du capital social peuvent requérir la réunion d'une assemblée générale sur un ordre du jour déterminé ¹⁵¹. Compte tenu du pourcentage élevé du capital social que doivent détenir

¹⁴⁷ Ce pourcentage est réduit pour les sociétés dont le capital dépasse 5 millions de francs ; art. 128 al. 2 DSC.

¹⁴⁸ Art. 128-131 DSC.

¹⁴⁹ Voir Schmidt, n. 132 ss., p. 94-96.

¹⁵⁰ Art. 699 al. 3 et 4 CO ; 158 al. 2 ch. 2 LSC et 122 DSC.

¹⁵¹ Bürgi, art. 699 CO, n. 19.

les requérants, ces dispositions risquent bien souvent de rester lettre morte dans les sociétés importantes.

143. Nous ne mentionnerons que pour mémoire, parmi les droits d'intervention de l'actionnaire dans la formation de la volonté sociale, les deux hypothèses dans lesquelles un actionnaire peut, par une demande motivée, inviter le juge à prendre des décisions qui sont normalement du ressort de l'assemblée générale. Le premier cas est prévu par les articles 225 LSC et 188 DSC : un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social peuvent, dans les trente jours de leur désignation, demander au juge des référés la récusation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes nommés par l'assemblée générale, et la nomination d'un ou plusieurs commissaires en leurs lieu et place. L'article 741 CO, quant à lui, permet à tout actionnaire de demander au juge de révoquer des liquidateurs pour justes motifs et, au besoin, d'en nommer d'autres.

B. *Le principe majoritaire.*

144. Si chaque actionnaire participe par son vote à la formation de la volonté sociale, celle-ci est, en fin de compte, celle du plus grand nombre, étant entendu qu'il s'agit du plus grand nombre des voix et non de celui des individus. « C'est une chose curieuse », a-t-on écrit, « que cette soumission des individus à la loi de la majorité »¹⁵². M. Schmidt s'est attaché à rechercher les fondements de ce pouvoir majoritaire, exceptionnel en droit privé. Pour lui, « le choix est essentiellement politique ; le respect de la souveraineté de chacun ou la soumission à la volonté du groupe ne tient pas seulement à la difficulté sans doute extrême pour quelques grandes sociétés de réunir un consentement unanime. Il tient à la conception politique et économique d'un régime étant entendu que, de plus, le bon fonctionnement d'une société anonyme n'intéresse plus seulement ses membres, mais encore affecte toute l'économie d'un marché. La disproportion croissante entre l'intérêt individuel et l'intérêt de la collectivité ainsi comprise a dicté le choix »¹⁵³.

C'est à la majorité qu'appartient le pouvoir exclusif d'exprimer la volonté sociale¹⁵⁴ et « son pouvoir est unique et autoritaire, ne souffrant dans son exercice loyal d'aucun contrôle judiciaire d'opportunité, d'aucune pondération que réclamerait une minorité agissante »¹⁵⁵. Ainsi, l'in-

¹⁵² Du Garreau de la Méchenie, p. 260.

¹⁵³ Schmidt, n. 47, p. 34.

¹⁵⁴ Schmidt, n. 89 ss., p. 63 ss.

¹⁵⁵ Schmidt, n. 92, p. 64.

tervention de chaque actionnaire à l'assemblée générale apparaît comme la technique permettant de dégager la volonté majoritaire ; mais si la décision est le résultat de la délibération et du vote, elle n'est pas la résultante des votes opposés, le vote des minoritaires est de nul effet ¹⁵⁶.

145. La loi suisse prévoit que, sauf disposition contraire de la loi ou des statuts, l'assemblée générale prend ses décisions à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO), et ce sans quorum de présence particulier. C'est dire que les décisions de l'assemblée générale peuvent être prises, compte tenu de l'absentéisme habituel dans les sociétés d'une certaine importance, par des actionnaires représentant une fraction minime du capital social. Ce d'autant plus que les statuts peuvent non seulement établir un quorum de présence ou prévoir une majorité renforcée, mais également assouplir encore les exigences légales en disposant qu'il suffit de la majorité relative, notamment en matière d'élection des organes sociaux ¹⁵⁷.

La loi prévoit un quorum de présence des deux tiers de toutes les actions — un tiers sur seconde convocation — pour un certain nombre de décisions : extension ou restriction du cercle des opérations, fusion, prolongation de la durée de la société, modification de la raison sociale, transfert de siège, dissolution anticipée (art. 649 CO), émission d'actions privilégiées, modification ou suppression des droits de priorité attachés à de telles actions (art. 655 CO), émission de bons de jouissance (art. 658 CO) ; mais ces dispositions ne sont pas de droit impératif.

Il existe en outre une catégorie de décisions pour lesquelles la loi exige, de manière impérative, l'approbation des voix des deux tiers au moins de l'ensemble du capital social, les statuts pouvant aggraver mais non alléger ces exigences ¹⁵⁸ ; il s'agit, d'une part, de l'approbation des dispositions statutaires concernant les apports en nature, les reprises de biens et avantages particuliers, par l'assemblée constitutive (art. 636 CO), d'autre part, de la transformation du but social, de la suppression de clauses statutaires aggravant les conditions sous lesquelles l'assemblée générale peut prendre une décision et de l'introduction d'actions à droit de vote privilégié (art 648 CO).

Enfin, l'unanimité des actionnaires est requise pour les décisions portant atteinte à un droit acquis absolu des actionnaires, par exemple celles qui imposeraient à ceux-ci des versements supplémentaires.

¹⁵⁶ Voir Didier, p. 418 ss.

¹⁵⁷ Bürgi, art. 703 CO, n. 31.

¹⁵⁸ Siegwart, art. 648 CO, n. 12-13.

146. Le système français est plus simple et plus rigide car les statuts ne peuvent déroger aux conditions légales ni dans le sens d'un assouplissement, ni dans celui d'un renforcement ¹⁵⁹.

L'assemblée ordinaire doit réunir, sur première convocation, au moins le quart des actions ayant le droit de vote, quorum qui disparaît sur deuxième convocation (art. 155 al. 2 LSC) ; elle statue à la majorité des voix exprimées, compte non tenu des bulletins blancs (art. 155 al. 3 LSC).

L'assemblée générale extraordinaire « ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, la moitié et, sur deuxième convocation, le quart des actions ayant le droit de vote. A défaut de ce dernier quorum, la deuxième assemblée peut être prorogée de deux mois au plus (art 153 al. 2 LSC) ; l'assemblée statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées, compte non tenu des bulletins blancs (art. 153 al. 3 LSC). Dans ces conditions, l'assemblée extraordinaire peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions (art. 153 al. 1 LSC).

Le consentement de tous les actionnaires n'est requis que pour les modifications statutaires comportant une augmentation de leurs engagements (art. 153 al. 1 LSC), un changement de nationalité de la société si le pays d'accueil n'a pas conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire en conservant à la société sa personnalité juridique (art. 154 LSC), ¹⁶⁰, enfin pour les décisions portant atteinte aux droits individuels des actionnaires ¹⁶¹.

147. On peut s'interroger sur le sens des règles de quorum et de majorité, Comme le constate Schmidt, « elles tendent simplement à assurer, au bénéfice de la collectivité des actionnaires, que chaque résolution soit adoptée par une proportion du capital telle que l'on puisse présumer qu'elle corresponde aux intérêts de tous ¹⁶². Peut-on dire pour autant qu'elles « ne concernent pas les droits de la minorité ni la « protection » de celle-ci » ¹⁶³ ? Nous ne le pensons pas, car protéger l'actionnaire, c'est d'abord s'assurer, précisément, que toute résolution de l'assemblée générale « corresponde aux intérêts de tous », et surtout à l'intérêt social.

¹⁵⁹ Voir *infra*, n. 373.

¹⁶⁰ Didier, p. 540 ; Hamel et Lagarde, n. 697. On pourrait toutefois se demander, à la lecture de ce texte, si le changement de nationalité n'est pas purement et simplement prohibé en dehors de l'hypothèse prévue par la loi.

¹⁶¹ Didier, p. 540.

¹⁶² Schmidt, p. 121, note 3.

¹⁶³ Schmidt, *loc. cit.*

« Renforcer les exigences légales », dit encore cet auteur, « n'est pas « protéger » la minorité, mais nuire à la collectivité en rendant plus malaisée la prise d'une résolution utile à tous » ¹⁶⁴. C'est sans doute là la conception du législateur français puisqu'il a jugé nécessaire de donner un caractère impératif aux conditions légales de quorum et de majorité, et cela est sans doute justifié pour les grandes sociétés. Pour les sociétés petites et moyennes qui, en Suisse surtout, constituent les neuf dixièmes des sociétés anonymes, on peut cependant estimer que l'exigence statutaire d'une majorité qualifiée — plus peut-être que celle d'un certain quorum — donne aux minorités un poids accru leur permettant d'assurer la défense de leurs intérêts contre la toute-puissance de la majorité, sans que cela aboutisse forcément à une paralysie de la société. La souplesse, peut-être excessive, du système suisse a du moins le mérite de permettre aux rédacteurs des statuts de tenir compte du caractère particulier de chaque société.

148. A propos de la formation de la majorité, il faut encore relever que les statuts peuvent accroître le pouvoir des minorités dans les décisions sociales en fixant le nombre maximum de voix que peut détenir un seul actionnaire. Une telle clause est expressément autorisée par les articles 692 alinéa 2 CO et 177 LSC. Cette dernière disposition précise que cette limitation doit être imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie. L'article 82 alinéa 1 LSC impose une telle limitation pour l'assemblée constitutive : aucun souscripteur ne peut, à cette assemblée, disposer de plus de dix voix.

On peut rapprocher de ces dispositions celle de l'article 693 alinéa 3 CO, selon laquelle le privilège des actions à droit de vote privilégié est suspendu pour la désignation de l'office de contrôle et la nomination des commissaires ou experts spéciaux, de même que pour la décision relative à l'ouverture d'une action en responsabilité.

C. *Le vote intéressé.*

149. Si la volonté sociale doit être l'expression de l'intérêt collectif ou de l'intérêt social, il est souhaitable que les actionnaires dont les intérêts personnels sont directement mis en jeu par telle résolution particulière de la société ne puissent participer à son adoption. Telle est l'idée qui justifie la prohibition du vote intéressé.

¹⁶⁴ *Ibid.*

150. En Suisse, cependant, le vote intéressé est admis d'une façon générale ¹⁶⁵. Seul l'article 695 CO dispose que « les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge à l'administration ». Si le cercle des personnes atteintes par cette exclusion du droit de vote est assez large, le domaine en est fort limité : le vote de décharge n'est pas, il s'en faut, le seul cas dans lequel se trouvent en jeu les intérêts personnels d'un membre de l'assemblée générale, et l'on sait, au reste, que son importance pratique est assez réduite ¹⁶⁶.

151. Depuis la loi de 1966, au contraire, le droit français prohibe le vote intéressé dans toute une série d'hypothèses. L'apporteur en nature ou le bénéficiaire d'un avantage particulier ne peut prendre part au vote relatif à l'approbation de son apport ou de l'avantage qui lui est accordé (art. 82 al. 2 et 3 LSC), l'administrateur partie à une « convention de l'article 101 » ne peut voter sur cette convention ni au conseil d'administration ni à l'assemblée générale (art 103 al. 1 et 4 LSC), il en est ainsi, mutatis mutandis, des membres du directoire ou du conseil de surveillance (art. 145 al. 1 et 4 LSC). De même, les attributaires éventuels d'actions nouvelles ne peuvent prendre part au vote supprimant en leur faveur le droit préférentiel de souscription (art. 186 al. 2 LSC), et le vote de l'associé dont le rachat des droits est proposé dans les conditions de l'article 365 alinéa 2 LSC « est sans influence sur la décision de la société ».

Toutes ces restrictions paraissent éminemment souhaitables, car l'on ne saurait attendre que celui dont les intérêts sont ainsi directement en jeu s'abstienne, par égard pour l'intérêt social, de faire pencher la balance en sa faveur. Or, s'il est normal que chacun puisse, au sein de l'assemblée générale, défendre ses intérêts d'actionnaire, il en va tout autrement lorsque les intérêts d'un actionnaire déterminé qui sont mis en cause par une résolution sociale sont en fait, par rapport à la société, des intérêts de tiers.

¹⁶⁵ On pourrait être tenté de voir une interdiction indirecte du vote intéressé au sein du conseil d'administration dans la prohibition du contrat avec soi-même ou de la double représentation : un administrateur ne peut conclure, au nom de la société, avec lui-même ou une autre société qu'il représente également ; voir Secrétan, JT 1960.I.10. Mais cette interdiction ne concerne que la représentation de la société, non la décision de conclure : l'administrateur intéressé peut, au sein du conseil d'administration, participer à la décision de passer le contrat. Toutefois, l'administrateur unique d'une société ne saurait en principe conclure avec lui-même, même s'il a donné pouvoir à un fondé de procuration de représenter la sociétés (Obergericht Lucerne, ZBGR 1947, p. 252), à moins que ses intérêts personnels se confondent avec ceux de la société (ATF 50.II.168 = JT 1924.I.418).

¹⁶⁶ Voir notamment Hirsch, Sem. jud. 1967, p. 252-253.

152. La prohibition du vote intéressé s'étend-elle au droit de l'actionnaire en question de participer à la délibération ? On l'a soutenu ¹⁶⁷, considérant que le vote reflète la délibération qui l'a précédé, mais rien dans la loi ne vient corroborer ce point de vue et l'on peut se demander s'il n'est pas normal que celui dont les intérêts sont en jeu s'explique devant l'assemblée. En Suisse, il ne fait aucun doute que les personnes exclues du vote de décharge peuvent prendre part à l'assemblée et aux délibérations ¹⁶⁸.

Il est clair que l'actionnaire dont le droit de vote se trouve ainsi suspendu ne peut ni voter comme mandataire d'autres actionnaires — l'article 82 alinéa 3 LSC le dit d'ailleurs expressément — ni donner à autrui procuration pour voter avec ses actions (art. 691 al. 1 CO).

D. Les assemblées spéciales.

153. S'il faut éviter d'autoriser les actionnaires à défendre au sein de la société leurs intérêts de tiers, la loi tend au contraire à leur permettre de se prononcer sur les décisions touchant aux droits qu'ils possèdent en qualité d'actionnaires, et en particulier aux droits spéciaux attachés à la possession de certaines catégories d'actions. Tel est l'objet des assemblées spéciales, dont l'institution a pour but d'éviter que les droits d'une catégorie d'actions ne puissent être atteints par une décision prise par une majorité d'actionnaires titulaires de titres d'une autre catégorie.

154. L'article 654 alinéas 2 et 3 CO dispose que, s'il existe des actions privilégiées et sauf disposition contraire des statuts, « il ne peut être émis de nouvelles actions qui les primeraient qu'avec l'approbation tant d'une assemblée spéciale des actionnaires atteints que d'une assemblée générale de tous les actionnaires... Cette disposition est également applicable en cas de modification ou de suppression de droits de priorité attachés par les statuts aux actions privilégiées ». L'assemblée spéciale est soumise, comme l'assemblée générale statuant en la matière, au quorum des deux tiers de toutes les actions — un tiers sur deuxième convocation — prévu par l'article 655 CO ¹⁶⁹. Pour la doctrine, l'article 654 CO s'applique non seulement aux actions à privilèges pécuniaires de l'article 656 CO, mais également aux actions à droit de vote privilégié de l'article 693 CO. En revanche, le bénéfice de l'assemblée spéciale n'est accordé par la loi qu'à ces catégories d'actions, et non aux actions ordinaires,

¹⁶⁷ Schmidt, n. 146, p. 106.

¹⁶⁸ Bürgi, art. 695 CO, n. 3.

¹⁶⁹ Siegwart, art. 654-656 CO, n. 33.

qui constituent elles aussi, et par rapport aux précédentes, une catégorie dont les droits peuvent être menacés ¹⁷⁰.

155. L'article 156 LSC est conçu en termes plus généraux, puisqu'il dispose : « les assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégories déterminée ». « La décision d'une assemblée générale de modifier les droits d'une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée générale des actionnaires de cette catégorie », et celle-ci statue dans les mêmes conditions de quorum et de majorité que l'assemblée générale extraordinaire. Ces dispositions, contrairement à celles de l'article 654 CO, sont impératives.

*
**

156. « La seule question importante qu'on puisse se poser à propos des assemblées générales est celle de leur utilité », écrit le professeur Didier ¹⁷¹, qui souligne que « les observateurs s'accordent pour constater la désaffection des actionnaires, du moins dans les sociétés importantes et la complète désuétude du cérémonial » ¹⁷². On peut dès lors se demander quelle portée pratique revêt, sous l'angle de la protection des actionnaires, le processus légal de formation de la volonté sociale. Nous ne saurions tenter, dans le cadre restreint de notre étude, d'apporter une réponse à cette question, qui met en cause l'ensemble des structures de la société anonyme. Du moins pouvons-nous faire ici les quelques remarques suivantes.

Tout d'abord, on constate, du point de vue statistique que la plupart des sociétés anonymes — en Suisse surtout, où la SARL n'a guère connu de succès — sont de petites sociétés au capital social peu important ¹⁷³ et comportant un nombre d'actionnaires restreint. Dans ces petites sociétés, il est hors de doute que l'assemblée générale peut encore, dans une mesure variable, jouer son rôle d'organe suprême ¹⁷⁴. Les droits d'intervention de l'actionnaire n'y sont pas lettre morte, quorum et majorité confèrent aux minorités un pouvoir au moins négatif qui peut n'être pas négligeable.

Dans les sociétés importantes dont les actions sont largement réparties dans le public, il est sans doute vain de vouloir revaloriser la fonction de

¹⁷⁰ Voir *infra*, n. 405.

¹⁷¹ Didier, p. 541.

¹⁷² Ripert, Aspects juridiques, p. 98 ss. ; Bloch-Lainé, p. 15.

¹⁷³ A fin 1969, 49,43 % des SA suisses n'avaient qu'un capital social égal au minimum légal de Fr. 50.000.—.

¹⁷⁴ Voir cependant les réserves de Hirsch, ZSR 85.II, p. 17 ss.

l'actionnaire au sein de l'assemblée générale et toutes les réformes que l'on peut envisager de lege ferenda ne peuvent que tendre à réduire le rôle de cet organe au profit des contrôles externes¹⁷⁵. De lege lata, l'assemblée générale conserve de larges compétences et force nous est de placer notre étude dans le cadre légal actuel. Mais les doutes que l'on peut émettre sur l'efficacité des procédures légales de décision donnent toute leur importance aux contrôles externes, et surtout aux mesures de protection a posteriori — dont l'effet préventif doit d'ailleurs être souligné puisqu'ils constituent une menace propre à assurer, bien souvent, le respect des droits de l'actionnaire.

§ 4. *Le contrôle public préalable des décisions sociales.*

157. Nous avons déjà parlé de contrôles externes sur les comptes et la gestion sociale parmi les moyens d'information des actionnaires. Mais il existe un contrôle extérieur sur certaines décisions sociales, contrôle préalable à leur entrée en vigueur et lié à leur publicité au registre du commerce.

Peut-on vraiment voir là une mesure protectrice de l'actionnaire ? A titre principal certainement pas. Ce contrôle, limité à la constitution de la société et aux modifications statutaires, vise à éviter que ne puisse être prononcée la nullité de sociétés déjà constituées ou de modifications statutaires effectivement entrées en vigueur : le contrôle étant censé empêcher l'inscription au registre du commerce de sociétés ou de clauses affectées de causes importantes de nullité, il permet de faire abstraction, dans une certaine mesure, des vices qui peuvent subsister¹⁷⁶. La directive des Communautés européennes du 9 mars 1968 est à cet égard significative¹⁷⁷ : c'est dans la section consacrée à la nullité de la société que le texte communautaire impose aux Etats membres soit l'établissement d'un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, soit l'exigence d'un acte authentique¹⁷⁸, avant de limiter, à l'article suivant, les causes de nullité. Cette limitation de nullités vise essentiellement à la protection du public —

¹⁷⁵ Didier, p. 541 ; Hirsch, *op. cit.*, p. 24-25, 29.

¹⁷⁶ L'inscription ne *guérit* pas véritablement les causes de nullité, mais limite leurs conséquences dans la mesure nécessaire à la protection des intérêts en cause ; voir *infra*, n. 484.

¹⁷⁷ Voir Perret, p. 75 ss.

¹⁷⁸ Art. 10 : « Dans tous les Etats membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications à ces actes doivent être passés par acte authentique. »

fournisseurs, banques, marché financier et boursier¹⁷⁹. Mais dans la mesure où le contrôle préventif tend à assurer la régularité de la fondation de la société et des modifications statutaires, il ne fait pas de doute qu'il fournit aussi une garantie utile aux actionnaires. Il faut ici distinguer entre le système suisse et le système français.

A. *Le système suisse.*

158. La société anonyme doit être inscrite au registre du commerce (art. 640 ss. CO) et c'est cette inscription qui lui confère la personnalité morale (art. 643 CO). De même, doivent être inscrites les modifications des statuts (art. 647 CO) et cette inscription a, là encore, un effet constitutif¹⁸⁰. Or l'article 940 CO dispose : « Le préposé au registre du commerce doit vérifier si les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies. — Il recherche en particulier, lors de l'inscription de personnes morales, si les statuts ne dérogent pas à des dispositions légales de caractère impératif et s'ils contiennent les clauses exigées par la loi ». L'article 21 ORC reprend en substance ces dispositions.

On se trouve bien en présence d'un contrôle préalable puisqu'il précède des inscriptions constitutives, et de type administratif puisqu'il est exercé par le préposé au registre du commerce. Quelques observations s'imposent quant à l'étendue de ce contrôle.

159. L'objet du contrôle du préposé est assez étendu puisqu'il s'agit d'un contrôle à la fois de la véracité de l'inscription requise et de sa légalité formelle et matérielle. Mais les pouvoirs de contrôle du préposé sont en fait assez limités. Sur le plan de la véracité de l'inscription et de la légalité formelle des décisions, il ne peut guère se fonder, en pratique, que sur les pièces justificatives qui lui sont soumises¹⁸¹, et notamment sur l'acte constitutif authentique (art. 638 CO) ou les actes authentiques constatant les délibérations de l'assemblée constitutive (art. 637 CO) ou de l'assemblée modifiant les statuts (art. 647 CO). La jurisprudence considère d'autre part que l'inscription ne peut être refusée que pour violation manifeste et indubitable de la loi¹⁸². La portée du contrôle se trouve, de ce fait, réduite.

¹⁷⁹ Didier, p. 374.

¹⁸⁰ Art. 647 al. 3 CO ; ATF 84.II.34 = JT 1958.I.361.

¹⁸¹ Patry, ZSR 81.I, p. 261.

¹⁸² ATF 91.I.360 (p. 362) ; ATF 86.I.105 = JT 1961.I.17 (p. 19) ; ATF 85.I.62 = JT 1959.I.373 (p. 375).

B. *Le système français.*

160. Le premier projet gouvernemental de loi sur les sociétés commerciales prévoyait, à l'exemple du droit allemand, l'institution d'un contrôle judiciaire de la constitution des sociétés et des modifications statutaires. Préalablement à leur inscription constitutive au registre du commerce, l'autorité judiciaire devait constater que les énonciations exigées par la loi et les règlements figuraient dans les statuts et que les formalités qu'ils prescrivaient avaient été régulièrement accomplies¹⁸³. Adoptant le projet gouvernemental en première lecture, l'Assemblée nationale supprima, conformément à la logique du système, la plupart des textes édictant des nullités : « l'institution des nullités était rendue inutile par celle du contrôle préalable »¹⁸⁴. Mais bien des auteurs et les milieux d'affaires étaient peu favorable au système envisagé et pensaient que l'organisation judiciaire française ne pourrait faire face à cette extension de la juridiction gracieuse. Ces critiques trouvèrent leur écho au Sénat, qui supprima le contrôle judiciaire sans pour autant — on peut s'en étonner — rétablir le régime des nullités. Le gouvernement introduisit alors devant l'Assemblée nationale un amendement qui devint l'article 6 LSC.

161. Cette disposition supprime finalement tout contrôle public pour instituer un « autocontrôle »¹⁸⁵ des fondateurs et dirigeants sociaux, sous forme d'une déclaration de conformité. A l'appui « de la demande d'immatriculation de la société au registre du commerce, les fondateurs et les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont tenus de déposer au greffe une déclaration dans laquelle ils relatent toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement ladite société et par laquelle ils affirment que cette constitution a été réalisée en conformité de la loi et des règlements ». En cas de modification statutaire, cette déclaration est également exigée et souscrite par les mêmes personnes, à l'exclusion, bien sûr, des fondateurs. Le greffier peut certes rejeter comme incomplet le dossier auquel ne figurerait pas la déclaration de conformité, mais il ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle sur le contenu et l'exactitude de cette déclaration¹⁸⁶.

Sans rien changer à ce système, le décret n° 69-1177 du 24 décembre 1969 a complété l'article 16 alinéa 1 du décret du 23 mars 1967 sur le registre du commerce en précisant qu'il ne peut être procédé à l'imma-

¹⁸³ Art. 4 du projet. Sur ce texte et l'évolution des travaux préparatoires, voir notamment Sinay, *Rev. soc.* 1966, p. 250 ss.

¹⁸⁴ Sinay, *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁵ Didier, p. 362.

¹⁸⁶ *Ibid.*

trication d'une société commerciale que si le déclarant justifie « que les formalités prévues par la législation et la réglementation concernant les sociétés commerciales ont été accomplies ». C'est là, selon l'expression de certains commentateurs, « un coup de chapeau » à la directive européenne de 1968¹⁸⁷, mais il n'a pas pour effet d'instituer un véritable contrôle public de constitution.

162. Le système de la déclaration de conformité ne vise en fin de compte qu'à attirer l'attention des fondateurs et dirigeants sociaux sur leurs obligations. A ce titre, il « est de nature à écarter les vices introduits dans l'acte social par l'inadvertance de ses auteurs »¹⁸⁸. Conscients des devoirs qui leur incombent, sans doute prendront-ils également conscience de la lourde responsabilité tant pénale que civile qui pèse sur eux en cas de fraudes, d'irrégularités ou d'omissions. Cela nous amène naturellement à envisager la protection *a posteriori* des actionnaires.

Sous-section II : *La protection a posteriori.*

163. En parlant de protection *a posteriori*, nous envisageons toutes les mesures qui tendent, directement ou indirectement, à réparer les atteintes pouvant résulter, pour les intérêts et les droits des actionnaires, des décisions des organes sociaux. Il s'agit donc de sanctions mais, comme toutes sanctions, il faut souligner qu'elles constituent une menace à l'égard de ceux qui les encourent et qu'elles jouent ainsi un rôle préventif important¹⁸⁹. Aussi ces mesures ont-elles, sans aucun doute, autant de poids par leur institution légale que par leur mise en œuvre et rejoignent-elles, en même temps qu'elles les complètent, celles que nous avons étudiées au titre de la protection préalable.

164. La protection *a posteriori* de l'actionnaire consiste d'abord dans la possibilité d'obtenir réparation de l'acte dommageable, soit en nature — par sa mise à néant — soit par équivalent. Nous devrons ensuite envisager les protections extérieures à la société, enfin la solution extrême consistant à mettre fin à celle-ci pour supprimer une cause permanente de lésion des intérêts minoritaires.

¹⁸⁷ Hémard, Terré, Mabilat, D. 1970.chron.47.

¹⁸⁸ Didier, p. 362.

¹⁸⁹ Schmidt, n. 150-151, p. 111.

§ 1^{er}. *La sanction des décisions illicites.*

165. Les décisions des organes sociaux doivent être prises selon certaines procédures visant notamment à permettre la sauvegarde, ou du moins la défense, des droits des actionnaires. La liberté des organes sociaux est d'autre part limitée quant à l'objet de leurs décisions par la nécessité de respecter les droits essentiels des tiers — au sens le plus large — aussi bien que des actionnaires. La violation de ces règles de forme et de fond doit trouver sa sanction dans l'inefficacité des décisions illicites, inefficacité *erga omnes* sous forme de nullité ou d'annulabilité, inefficacité à l'égard de certaines personnes sous forme d'inopposabilité.

A. *Nullité, annulabilité et inopposabilité.*

166. L'article 706 CO prévoit la possibilité d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts. Ces décisions sont alors annulées par le juge. Mais à côté de ces décisions annulables, doctrine et jurisprudence suisses reconnaissent que certaines décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration peuvent être frappées de nullité absolue.

Le droit français connaît depuis la loi du 24 juillet 1966 la distinction entre les décisions nulles et celles qui peuvent être annulées.

167. En droit suisse, si la détermination des domaines respectifs de la nullité et de l'annulabilité des décisions sociales est délicate, la différence entre ces deux sanctions quant à leurs effets et à leur mise en œuvre ne pose guère de problèmes. La décision annulable peut être attaquée en justice par l'administration ou un actionnaire ; l'action, dirigée contre la société, doit être exercée dans les deux mois suivant l'assemblée générale¹⁹⁰. Durant ce délai, la décision est valable sous condition résolutoire de son annulation et, si aucune action n'est exercée dans les deux mois, elle devient inattaquable¹⁹¹. Le jugement d'annulation rétroagit au jour de la décision annulée¹⁹². Seules les décisions de l'assemblée générale peuvent être attaquées en justice sur la base de l'article 706 CO, non celles du conseil d'administration¹⁹³.

¹⁹⁰ Art. 706 CO.

¹⁹¹ Strub, p. 9.

¹⁹² Bùrgi, art. 706, n. 71 ; Strub, p. 9.

¹⁹³ ATF 76.II.51 = JT 1950.I.555.

La décision nulle, en revanche, est soumise au droit commun des nullités¹⁹⁴. Ce n'est plus la *lex specialis* de l'article 706 CO qui lui est applicable, mais la norme générale de l'article 20 CO. La décision ne peut produire aucun effet juridique, sa nullité peut être invoquée en tout temps, sans constatation judiciaire préalable, par la société, les actionnaires ou les tiers, et le juge doit la prendre d'office en considération¹⁹⁵. Conformément au droit commun, la nullité d'une décision peut être constatée par le juge à la requête de tout intéressé et cette action n'est enfermée dans aucun délai. Les décisions du conseil d'administration aussi bien que celles de l'assemblée générale peuvent être atteintes de nullité.

168. En France, le problème est plus complexe. Les articles 360 et suivants LSC instituent un régime des nullités qui suppose l'intervention du juge dans tous les cas où est invoquée une cause de nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution. L'action en nullité se prescrit par trois ans (art. 367 LSC). La différence entre une délibération nulle et une délibération annulable se limite à ceci que le juge saisi prononcera obligatoirement la nullité de la première dès lors que l'irrégularité sera démontrée, alors qu'il dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cas de la seconde¹⁹⁶. Mais, comme nous allons le voir, il existe, en droit français également, des nullités de plein droit.

169. A côté de la nullité et de l'annulabilité, le droit suisse connaît également l'inopposabilité de décisions sociales à certaines personnes, actionnaires ou créanciers sociaux¹⁹⁷.

B. La nullité des décisions illicites.

170. Les décisions des organes sociaux peuvent être frappées de nullité soit pour vice de forme, soit en raison de leur contenu.

171. La loi et les statuts soumettent la formation et l'expression de la volonté sociale à certaines exigences de forme. Aussi serait-on tenté de dire que, si ces formes ne sont pas respectées, la volonté sociale ne s'est pas formée ; la décision serait donc radicalement nulle, voire inexistant¹⁹⁸. Mais une telle sanction serait parfois injustifiée, lorsque le vice

¹⁹⁴ Sur la nullité des décisions sociales, voir en particulier Patry, Nullité ; Strub.

¹⁹⁵ ATF 64.II.150 = JT 1939.I.17 (p. 20).

¹⁹⁶ Schmidt, n. 158 ss., p. 115 ss.

¹⁹⁷ Patry, Annulation, p. 15 ; Schluep, p. 266 ss. ; Bürgi, at. 706 CO, n. 22 ss.

¹⁹⁸ Strub, p. 35-36.

de forme n'a pas déterminé l'adoption de la décision. En Suisse, où elle peut être invoquée de plein droit et en tout temps, elle ferait d'autre part peser sur la sécurité juridique une menace le plus souvent excessive. Aussi la question se pose-t-elle de savoir dans quels cas un vice de forme entraîne la nullité de la décision.

172. Le critère de la décision nulle a fait l'objet, en droit suisse, d'assez nombreuses constructions doctrinales¹⁹⁹. Nous nous rallierons aux conclusions de Strub, qui distingue deux catégories d'hypothèses. Sont nulles, tout d'abord, les *décisions apparentes* (*Scheinbeschlüsse*)²⁰⁰, c'est-à-dire celles qui n'émanent pas de l'organe compétent régulièrement constitué : la loi contient des normes d'organisation déterminant ce qu'est une assemblée générale et, si ces règles ne sont pas respectées, l'on ne se trouve plus en présence d'une assemblée. C'est ainsi que la jurisprudence a admis la nullité de décisions prises « par voie de circulation », sans qu'une assemblée soit réunie²⁰¹, ou adoptées par une assemblée convoquée par des personnes non qualifiées²⁰² ; de même, seraient nulles les décisions prises par un conseil d'administration irrégulièrement désigné, par exemple par cooptation.

La deuxième catégorie de décisions nulles est celle des *décisions inexistantes* (*Nichtbeschlüsse*)²⁰³ : prises par un organe régulièrement constitué, elles ne remplissent pas les conditions formelles d'existence d'une décision de cet organe. Il n'y a pas de décision de l'assemblée générale en l'absence de vote, si la majorité légale n'est pas réunie, ou encore, s'agissant d'une modification statutaire, en l'absence d'acte authentique.

173. Le droit français est à première vue plus net puisqu'il prévoit expressément que les décisions de l'assemblée générale prises en violation de certaines règles de procédure sont nulles, alors que « l'assemblée peut être annulée » lorsque certaines autres dispositions n'ont pas été respectées²⁰⁴. Cette différence dans les sanctions se fonde sur la distinction entre « d'une part les règles-cadres de la procédure en assemblée, d'autre part les règles d'organisation. Les premières sont essentielles, car on ne peut les enfreindre sans méconnaître totalement l'institution même de l'assemblée générale »²⁰⁵. C'est ainsi que la loi sanctionne par la

¹⁹⁹ Strub, p. 12 ss.

²⁰⁰ Strub, p. 74 ss.

²⁰¹ ATF 67.I.342 (p. 346) = JT 1942.I.591 (p. 592).

²⁰² ATF 71.II.383 = JT 1946.I.135 (p. 139).

²⁰³ Strub, p. 107 ss.

²⁰⁴ Voir, en particulier, l'art. 173 LSC.

²⁰⁵ Schmidt, n. 158, p. 116.

nullité des délibérations la méconnaissance des règles légales de quorum et de majorité (art. 153, 155, 156 al. 3 et 4 LSC), le défaut de lecture préalable du rapport de gestion et du rapport des commissaires aux comptes (art. 157 al. 2 LSC), le défaut d'inscription des résolutions à l'ordre du jour (art. 160 LSC), le défaut d'établissement de la feuille de présence (art. 167 LSC) permettant de vérifier que les conditions de majorité et de quorum sont réunies ²⁰⁶. La nullité des décisions de l'assemblée générale paraît admise de façon sensiblement plus large qu'en droit suisse, mais il faut rappeler qu'il ne s'agit pas, en droit français, d'une nullité de plein droit, mais d'une nullité de droit : si elle s'impose au juge, du moins celui-ci doit-il être saisi.

Il ne fait pas de doute que le défaut du quorum ou de la majorité prévus par la loi pour les délibérations du conseil d'administration (art. 100 LSC) et du conseil de surveillance (art. 139 LSC) est sanctionné par la nullité de ces délibérations. La procédure des articles 362 et suivants LSC s'applique à la constatation de cette nullité ²⁰⁷.

174. Les décisions des organes sociaux régulières en la forme peuvent être atteintes de nullité pour violation des règles légales matérielles.

En droit suisse, le critère de la décision nulle est, là encore, malaisé à établir. Le Tribunal fédéral a posé en principe qu'une décision de l'assemblée générale est « annulable et non nulle lorsqu'elle ne viole que les statuts, des dispositions facultatives de la loi ou des prescriptions qui, quoique impératives, ne servent à protéger que des intérêts privés des actionnaires » ²⁰⁸. Sans doute faut-il nuancer la portée de cette formule en décidant que serait nulle une décision portant atteinte de manière définitive au principe même d'un droit acquis de l'actionnaire, par exemple par une modification statutaire ²⁰⁹ : dans un tel cas, en effet, la règle légale impérative qui est violée ne protège pas seulement les actionnaires actuels, mais aussi les actionnaires futurs, qui sont encore des tiers à l'égard de la société.

A contrario, il résulte du principe posé par le Tribunal fédéral que sont atteintes de nullité les décisions impossibles, contraires à la bonne foi ou aux bonnes mœurs, celles qui violent une règle légale impérative établie pour la protection des intérêts publics ou des tiers ²¹⁰. A cette

²⁰⁶ Voir, en outre, les art. 198, 208, 222 LSC.

²⁰⁷ Contrairement à la jurisprudence suisse en matière d'action en annulation (cf. *supra* note 193), la jurisprudence française admet l'action contre les décisions de l'administration. Voir Cass. 19 janv. 1959, D. 1959.260, et Berr, p. 275.

²⁰⁸ ATF 80.II.271 = JT 1955.I.333 (p. 335).

²⁰⁹ Schluep, p. 282.

²¹⁰ Strub, p. 12. Sur les incertitudes des critères de la nullité, voir Patry, Nullité.

dernière catégorie se rattachent en particulier les décisions contraires aux règles fondamentales d'organisation de la société anonyme, touchant à l'essence et à la structure même de l'institution ²¹¹.

175. La loi française frappe de nullité les décisions de l'assemblée générale prises en violation d'un certain nombre de dispositions de fond, touchant notamment à la nomination des organes sociaux ²¹², à la rémunération des membres des conseils d'administration et de surveillance ²¹³, à l'émission d'obligations convertibles ²¹⁴ ou échangeables ²¹⁵, à la constitution de la réserve légale ²¹⁶. Conformément à l'article 360 LSC, la nullité de délibérations de l'assemblée générale extraordinaire ne peut être prononcée qu'en application de ces dispositions de la loi sur les sociétés commerciales ²¹⁷, alors que celle des décisions de l'assemblée ordinaire peut résulter de la violation de toute autre disposition impérative de la loi ²¹⁸. La procédure des articles 362 et suivants LSC s'applique à ces nullités, étant toutefois précisé qu'une nullité de fond ne peut être « couverte » dans les conditions de l'article 363 LSC, mais qu'une décision contraire peut rapporter la décision nulle.

176. A côté de ces nullités qui doivent être prononcées par le juge, il existe, en droit français, des nullités de plein droit pour violation du droit matériel. La loi, en effet, dispose qu'un certain nombre de clauses statutaires contraires à la loi sont « réputées non écrites » ; il y a donc bien nullité absolue, voire inexistence, des décisions de l'assemblée générale extraordinaire introduisant de telles clauses. Sont ainsi réputées non écrites les clauses contraires aux dispositions légales concernant les compétences de l'assemblée générale extraordinaire (art. 153 al. 1 LSC), la faculté des actionnaires de se faire représenter (art. 161 LSC), le droit de participer à l'assemblée générale extraordinaire (art. 166 LSC), le droit de vote (art. 174 LSC), etc. ²¹⁹. La loi énumère-t-elle de façon exhaustive ces cas de nullité de plein droit ? La formule restrictive de l'article 360

²¹¹ Bûrgi, art. 706 CO, n. 9 ; Schluep, SJZ 54, p. 210. ATF 59.II.264 = JT 1934.I.8 (p. 12) : seraient nulles les dispositions statutaires restreignant le droit de l'assemblée générale d'élire les administrateurs.

²¹² Art. 90 al. 3, 93 al. 1, 120 al. 3, 127 al. 3, 134 al. 3, 136 al. 2, 138 al. 2 LSC.

²¹³ Art. 107, 142 al. 2, 353 LSC.

²¹⁴ Art. 198 LSC.

²¹⁵ Art. 208 LSC.

²¹⁶ Art. 345 al. 1 LSC.

²¹⁷ « ou de celles qui régissent la nullité des contrats » (art. 360 al. 1 LSC).

²¹⁸ « ou de celles qui régissent les contrats » (art. 360 al. 2 LSC).

²¹⁹ Voir également les art. 100 al. 1, 110 al. 3, 142 al. 2, 180 al. 4, 183 al. 2, 246, 291 al. 2, 317 al. 3 LSC.

al. 1 LSC conduirait à le penser. Cependant, il est hors de doute qu'aucune décision sociale ne peut déroger à l'organisation légale de la société anonyme. En l'absence même de disposition légale expresse, toute clause statutaire supprimant, par exemple, l'un des organes prévus par la loi, ou renonçant à faire désigner le conseil d'administration ou le conseil de surveillance par l'assemblée générale, serait, à l'évidence, « réputée non écrite » ²²⁰.

C. *L'annulation des décisions illicites.*

177. Les décisions sociales illicites qui n'encourent pas la nullité peuvent cependant être annulables par décision judiciaire, que ce soit pour vice de forme ou pour violation du droit matériel.

178. En droit suisse, s'agissant aussi bien d'un vice de forme que d'une irrégularité de fond, le principe est l'annulabilité dans les termes de l'article 706 CO, la nullité absolue n'étant que l'exception. Lorsque l'on peut hésiter entre les deux sanctions, la question devra toujours être tranchée en faveur de l'annulabilité ²²¹, qui est la conséquence normale de la violation de dispositions statutaires, de règles légales dispositives ou de dispositions impératives édictées dans l'intérêt exclusif des actionnaires actuels.

179. En matière d'irrégularité formelle, on est en présence d'une décision annulable et non nulle chaque fois qu'elle émane d'une véritable assemblée générale à laquelle tous les actionnaires ont été convoqués (ou ont été en fait représentés), qu'elle a été adoptée à la majorité légale et, s'il s'agit d'une modification statutaire, qu'elle a été constatée en la forme authentique. Ainsi, le défaut d'inscription d'une résolution à l'ordre du jour ou la participation au vote de tiers ou d'actionnaires n'ayant pas le droit de vote a pour conséquence l'annulabilité de la décision ²²². Dans cette dernière hypothèse — et l'on peut se demander si cette possibilité ne devrait pas être étendue à tout vice de forme non sanctionné par la nullité — la société peut éviter l'annulation en prouvant que la participation induite au vote n'a exercé aucune influence sur la décision prise (art. 691 al. 3 CO).

²²⁰ Voir *supra*, n. 107.

²²¹ Strub, p. 39.

²²² Bürigi, art. 706 CO, n. 12 ; Schucany, art. 706, n. 2 A a.

180. En France, les décisions prises en violation d'une règle d'organisation de l'assemblée générale peuvent être annulées ²²³. Alors que la nullité pour violation d'une règle-cadre de la procédure en assemblée est obligatoire pour le juge, celui-ci dispose, en matière d'annulation pour violation d'une règle d'organisation, d'un certain pouvoir d'appréciation. L'annulation d'une résolution de l'assemblée générale n'est encourue que s'il est démontré un rapport de causalité entre l'infraction et l'adoption de la décision ²²⁴.

181. Quant aux causes matérielles d'annulation des décisions de l'assemblée générale, elles comprennent, en droit suisse, toute violation des dispositions de fond de la loi ou des statuts, et des principes généraux non écrits du droit de la société anonyme ²²⁵, dès lors que cette violation n'entraîne pas la nullité absolue. Nous nous bornerons ici à quelques remarques.

En ce qui concerne les pouvoirs du juge, il faut tout d'abord remarquer qu'il ne saurait en principe se substituer à l'assemblée générale ²²⁶ : il ne peut qu'annuler une résolution irrégulière, non la remplacer par sa propre décision. Ce principe est toutefois nuancé par le fait qu'une annulation partielle est possible : le juge qui annule partiellement l'attribution de tantièmes jugés excessifs substitue bien, en fait sinon en droit, sa décision à celle de l'assemblée générale ²²⁷.

Le contrôle du juge ne porte que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité. Cependant, il dispose d'ordinaire, en matière d'annulation pour violation du droit matériel, d'un assez large pouvoir d'appréciation. La plupart du temps, la légalité d'une décision de l'assemblée générale dépend d'une appréciation des intérêts en présence, d'une *Interessenabwägung* ²²⁸. Il en est ainsi, en particulier, lorsqu'une résolution porte atteinte à un droit acquis relatif de l'actionnaire, tel que le droit au dividende ou le droit au libre transfert des actions ; l'atteinte à un tel droit est légitime dans la mesure où l'intérêt social l'exige. C'est dire que la légalité est, dans ce domaine, largement fonction de l'opportunité. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge doit se laisser

²²³ Voir les art. 159 al. 2, 173 al. 2 (renvoyant aux art. 168 et 169 LSC et 135 ss. DSC) et 306 LSC.

²²⁴ Schmidt, n. 159 ss., p. 116 ss. ; sur le critère arithmétique ou « psychologique » de ce rapport de causalité, n. 160 ss. ; sur la charge de la preuve de la causalité, n. 166 ss.

²²⁵ Bürgi, art. 706 CO, n. 34 ss. ; ATF 69.II.246 = JT 1944.I.45 (p. 47-48) ; ATF 91.II.298 = JT 1966.I.264 (p. 266-267).

²²⁶ Hirsch, ZSR 85.II, p. 19.

²²⁷ ATF 84.II.550 = JT 1959.I.172 (résumé).

²²⁸ Voir Bügi, *Interessenabwägung*.

guider, dans son appréciation, par une présomption en faveur de la décision majoritaire ²²⁹. La doctrine s'est, à juste titre, élevée contre cette position timide qui prive l'article 706 CO d'une bonne part de son efficacité ²³⁰.

182. Parmi les décisions annulables de l'assemblée générale une place à part doit être faite à celles qui, sans violer aucune disposition de la loi ou des statuts, constituent un abus de droit, en particulier parce qu'elles portent une atteinte injustifiée aux intérêts de certains actionnaires et contreviennent ainsi au principe général non écrit de l'égalité de traitement entre actionnaires ²³¹. L'article 706 alinéa 2 CO consacre l'annulabilité des décisions ayant pour but d'introduire des actions à droit de vote privilégié ou qui sont prises grâce au droit de vote attaché à de telles actions, « lorsqu'elles portent aux intérêts d'actionnaires un préjudice évident sans que le but de la société ²³² l'exige ». Mais ce n'est là que l'application d'un principe général ²³³ et la rupture de l'égalité de traitement des actionnaires, cas particulier de l'abus de droit, a été prise en considération dans d'autres hypothèses ²³⁴. D'après l'analyse de Patry ²³⁵, l'inégalité de traitement consiste en un traitement différentiel de certains actionnaires, décidé par un organe libre de son choix et de manière purement arbitraire. Le Tribunal fédéral précise, quant à lui, que le principe de l'égalité de traitement signifie « que l'on ne peut s'écarter de l'égalité de traitement que dans la mesure absolument nécessaire à la poursuite du but de la société dans l'intérêt de tous les actionnaires. On peut donc admettre une inégalité de traitement là où elle est fondée, soit lorsqu'elle est un moyen adéquat d'atteindre un but légitime » ²³⁶.

183. En droit français, la loi sur les sociétés commerciales ne prévoit expressément aucune cause d'annulation des résolutions de l'assemblée

²²⁹ Voir notamment les arrêts Brandt c/ La Centrale SA, ATF 82.II.146, 84.II.550, 86.II.159.

²³⁰ Hirsch, ZSR 85.II, p. 18 ss.; Okur, p. 122 ss.

²³¹ Patry, Sem. jud. 1963, p. 81 ss.; Schluep, p. 301 ss.; SJZ 54, p. 212; Weiss, n. 185 ss.; références citées *supra*, note 225. Patry, Schluep et surtout Weiss soulignent que le principe de l'égalité de traitement n'est pas une notion autonome, mais un aspect particulier de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CCS). Le TF, en revanche, voit dans ce principe une *lex specialis* par rapport à l'interdiction de l'abus de droit (ATF 95.II.157 = JT 1970.I.344 (p. 347)).

²³² Plutôt que du but, c'est de l'intérêt social qu'il s'agit ici; Bürgi, art. 706, n. 46; Schucany, art. 706, n. 3.

²³³ Bürgi, art. 706, n. 39; Schluep, p. 313.

²³⁴ Voir la jurisprudence citée *supra*, note 225.

²³⁵ *Loc. cit.*

²³⁶ JT 1966.I.267, précité; ATF 93.II.406 = JT 1969.I.9 (p. 22); ATF 95.II.157 = JT 1970.I.344 (p. 347).

générale pour violation des dispositions de droit matériel. Une décision de l'assemblée générale ordinaire ne pouvant être attaquée que pour violation d'une disposition légale impérative, il ne saurait s'agir, dans tous les cas, que d'une nullité obligatoire pour le juge.

184. Le seul cas d'annulabilité d'une décision sociale pour violation du droit de fond est celui de l'abus de majorité. L'abus de majorité n'est ni défini, ni même mentionné par la loi ²³⁷, mais il a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle que le législateur de 1966 n'a pas entendu remettre en question ²³⁸. D'après la Cour de cassation, il faut, pour qu'il y ait abus de majorité, « que la résolution litigieuse ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité » ²³⁹. L'abus de majorité consiste ainsi dans une rupture d'égalité sans contrepartie ²⁴⁰ et suppose, de la part des majoritaires, la conscience de s'avantager personnellement ²⁴¹. Si une telle définition de l'abus de majorité est proche de celle de l'inégalité de traitement dégagée par la jurisprudence suisse, elle est cependant considérablement plus restrictive du fait de l'existence d'un élément intentionnel.

Il est intéressant de noter que l'on a pu fonder l'annulation d'une décision pour abus de majorité sur la responsabilité civile des majoritaires ²⁴² : cette annulation constitue ainsi la réparation en nature du préjudice subi ²⁴³. Fondée sur la responsabilité civile et non sur les vices de formation de la volonté sociale, l'annulation pour abus de majorité ne serait pas soumise à la prescription triennale de l'article 367 LSC, mais à la prescription trentenaire de droit commun ²⁴⁴.

D. *L'inopposabilité des décisions portant atteinte aux droits acquis.*

185. En droit suisse, on a fait remarquer que l'annulation n'était pas toujours la sanction adéquate en cas d'atteinte aux droits acquis des actionnaires. Un certain nombre de ces droits sont garantis de manière

²³⁷ Si ce n'est en matière de copropriété des navires, L. 67-5 du 3 janv. 1967, art. 12 (D. 1967.III.53).

²³⁸ Schmidt, n. 187, p. 139 ; déclaration du Garde des Sceaux à l'Assemblée nationale, J.O. Déb. Ass. nat., séance du 11 juin 1965, p. 2031.

²³⁹ Com. 18 avr. 1961, J.C.P. 1961.II.12164 ; Grands arrêts, n. 69, p. 228, note Houin.

²⁴⁰ Schmidt, n. 204 ss., p. 151 ss.

²⁴¹ Schmidt, n. 226 ss., p. 170 ss.

²⁴² Schmidt, n. 236 ss., p. 179 ss.

²⁴³ Schmidt, n. 243 ss., p. 184 ss.

²⁴⁴ Schmidt, n. 245, p. 185 ; *contra* : Paris 17 janv. 1972, J.C.P. 1972.II.17283, note Burst.

absolument impérative par la loi, l'actionnaire ne peut en être privé même avec son consentement et la décision de l'assemblée générale qui prétendrait les supprimer serait affectée de nullité radicale²⁴⁵ ; ainsi en est-il des droits fonctionnels : droit de vote, droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, etc. Quant aux autres droits acquis, l'article 646 CO dit seulement que l'actionnaire ne peut en être privé sans son consentement, ce qui signifie que leur retrait est possible à l'égard des actionnaires qui y consentent. Or, une annulation dans les termes de l'article 706 CO aurait effet *erga omnes*, et même les actionnaires ayant approuvé la résolution attaquée ne seraient pas liés par elle.

Aussi, pour certains auteurs²⁴⁶, la sanction du retrait permanent d'un droit acquis, par une modification statutaire, doit-elle résider dans l'opposition ou nullité relative de la décision à l'égard des actionnaires qui n'y ont pas consenti. Cette nullité relative, comme la nullité absolue, n'aurait pas à être prononcée, mais seulement constatée par le juge²⁴⁷.

Jusqu'à présent, cependant, cette solution ne paraît pas avoir trouvé d'écho dans la jurisprudence, qui annule sur la base de l'article 706 CO les modifications statutaires portant atteinte aux droits acquis²⁴⁸.

§ 2. *L'action en exécution.*

186. Conformément au droit commun, chaque actionnaire dispose, contre la société, d'une action tendant à obtenir l'exécution de toute prestation à laquelle elle pourrait être tenue à son égard.

Cette action n'est pas en soi une mesure de protection des actionnaires et ne mériterait pas d'être étudiée ici, si elle ne pouvait dans certains cas, comme l'a admis le Tribunal fédéral, pallier l'absence d'action en annulation des décisions de l'administration.

187. Dans une société anonyme où le transfert des actions était soumis à une clause d'agrément, un actionnaire voulut céder ses titres à sa fille, mais le conseil d'administration refusa son consentement. Le Tribunal fédéral²⁴⁹ admit que l'actionnaire cédant, s'il ne pouvait en aucun cas

²⁴⁵ *Supra*, note 79 sous n. 109.

²⁴⁶ Schluep, SJZ 54, p. 210 ; Bürgi, art. 706 CO, n. 24-25 ; Schucany, art. 706 CO, n. 2 B.

²⁴⁷ Schluep, *op. cit.*, p. 211, estime que le juge doit cependant être saisi, ce que conteste Schucany, *loc. cit.*

²⁴⁸ Voir notamment SJZ 61, p. 141 ; SJZ 64, p. 167 (arrêts cités *supra*, note 36 sous n. 90).

²⁴⁹ ATF 76.II.51 = JT 1950.I.555 (p. 564).

faire annuler une décision du conseil d'administration, disposait du droit « d'exiger de la société qu'elle consente à un transfert d'actions non exclu par les statuts », nonobstant le refus d'agrément injustifié. « Peu importe — continuent nos juges suprêmes — que la décision appartienne à l'administration, comme c'est généralement le cas où à l'assemblée générale, c'est toujours la société comme telle qui, par ses organes, admet ou refuse le transfert »²⁵⁰. Faut-il en conclure pour autant qu'il serait possible de passer outre, par la voie d'une action en exécution, au refus d'agrément émanant de l'assemblée générale sans annulation préalable de la décision ? Telle n'a certainement pas été l'intention du Tribunal fédéral, malgré la portée apparemment générale de cette phrase ; le même arrêt précise en effet : « *Si le refus émane du conseil d'administration*, l'actionnaire ne doit pas attaquer la décision de celui-ci, c'est-à-dire qu'il ne doit pas former une action en annulation »²⁵¹. A contrario, à moins que la décision ne soit atteinte de nullité absolue, le refus d'agrément émanant de l'assemblée générale doit être attaqué par la voie de l'article 706 CO préalablement ou conjointement à une action en exécution, et ne peut plus être remis en question une fois écoulé le délai de deux mois.

Statuant sur l'action en exécution consécutive à un refus d'agrément émanant du conseil d'administration, « le juge examinera si la société ou son organe s'est opposé à tort ou à raison au transfert en invoquant la loi ou les statuts »²⁵². La démarche est donc la même que s'il s'agissait d'une action en annulation pour violation du droit matériel.

188. Peut-on donner une portée générale à la solution admise par nos juges suprêmes en matières de refus d'agrément au transfert d'actions nominatives liées, et accorder une action en exécution contre la société chaque fois que l'administration a opposé un refus injustifié à une prétention légitime ? Cela peut être admis sans difficulté lorsque la décision injustifiée — de l'administration ou de l'assemblée générale — est atteinte de nullité absolue, puisque cette nullité n'a pas à être prononcée par le juge et doit être prise d'office en considération par lui. Dans les autres cas, la réponse doit être nuancée.

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a déclaré que l'actionnaire disposait de « l'action en exécution contre la société, qui lui est donnée dans certains cas, notamment lorsque l'administration a refusé à tort de consentir au transfert d'actions nominatives »²⁵³. Ce n'est donc pas là

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*, p. 565.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*, p. 560.

l'unique cas dans lequel cette action doit être accordée. Pour reconnaître l'existence d'une action en exécution, le Tribunal fédéral a relevé que « contrairement à certains autres droits, ce droit de l'actionnaire (de voir le transfert des actions reconnu par la société) n'est pas exercé à l'assemblée générale. Il existe simplement contre la société que la loi oblige à un certain comportement envers l'actionnaire » ²⁵⁴.

L'action en exécution apparaît ainsi possible chaque fois que l'actionnaire possède contre la société un droit déterminé faisant peser sur celle-ci une obligation qui s'impose à ses organes : refus de délivrer des actions, refus d'inscription au registre des actions, refus de verser le dividende fixé par l'assemblée générale, telles sont quelques-unes des hypothèses dans lesquelles une action en exécution est ouverte. L'impossibilité de recourir à l'assemblée générale ne paraît pas une condition d'exercice de l'action en exécution. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a estimé pouvoir se dispenser d'examiner « si, en cas de refus d'inscription par le conseil d'administration, l'aliénateur pourrait porter la question devant l'assemblée générale et, en cas de confirmation, attaquer en justice la décision de celle-ci conformément à l'article 706 CO... Il est en tout cas certain que l'actionnaire n'est pas obligé d'agir de cette façon puisqu'il possède contre la société une action directe en exécution tendant au transfert des actions et à l'inscription au registre » ²⁵⁵.

§ 3. *Les responsabilités dans la société anonyme.*

189. Les dirigeants sociaux, les contrôleurs, voire certains actionnaires peuvent, par leur faute, causer un dommage à la société ou à des actionnaires, engageant ainsi leur responsabilité civile, et parfois pénale.

A. *La responsabilité des dirigeants sociaux et des contrôleurs.*

I. *La responsabilité civile.*

190. Soucieux de limiter notre étude aux mesures directement ou indirectement protectrices de l'actionnaire, nous écarterons le problème de la responsabilité civile des organes sociaux à l'égard des créanciers, qu'il s'agisse des actions en réparation du préjudice direct ou indirect subi par ceux-ci, ou du cas particulier de l'extension de passif et de l'extension de faillite connues du droit français. Il faut toutefois souligner que

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 565.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 566.

la menace de ces sanctions sévères peut concourir à la sauvegarde des intérêts des actionnaires en incitant les dirigeants sociaux à une gestion scrupuleuse.

1. *Les personnes responsables.*

191. Les articles 752 et suivants CO disposent que répondent du dommage qu'ils causent à la société, aux actionnaires ou aux créanciers sociaux, les fondateurs, « les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle », et les liquidateurs.

La notion de fondateur est interprétée de manière extensive par la jurisprudence, qui n'hésite pas à faire peser la responsabilité prévue par l'article 753 CO sur toutes les personnes ayant effectivement participé à la fondation de la société, y compris l'officier public chargé de dresser l'acte constitutif ²⁵⁶.

Quant aux personnes chargées de l'administration et de la gestion ²⁵⁷, ce sont, bien entendu, au premier chef les membres du conseil d'administration, mais aussi, plus largement, les personnes qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise ²⁵⁸. Selon ce critère, la responsabilité prévue par l'article 754 CO peut peser aussi sur un directeur, un fondé de pouvoir ou mandataire commercial, le caissier et le comptable d'une petite banque ²⁵⁹, voire sur l'actionnaire majoritaire qui donne des instructions à l'administration ²⁶⁰.

En droit français, l'article 242 LSC fait tout d'abord peser sur « les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue » une responsabilité solidaire pour le « dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société ».

Les articles 244 et 249 alinéa 1 LSC prévoient la responsabilité des administrateurs et des membres du directoire, l'article 250 celle des membres du conseil de surveillance. Enfin, l'article 234 LSC règle la responsabilité civile des commissaires aux comptes.

192. L'article 759 CO pose le principe de la solidarité des personnes responsables d'un même dommage. La solution est proche en droit fran-

²⁵⁶ Voir Secrétan, *SAG* 1948, p. 7.

²⁵⁷ Art. 754 al. 1 CO. L'art. 755 parle simplement des administrateurs et des gérants, mais il ne fait pas de doute que les personnes visées sont les mêmes qu'à l'article précédent.

²⁵⁸ Meier-Wehrli, p. 19 ; Hirsch, *Cession de contrôle*, p. 183.

²⁵⁹ Meier-Wehrli, p. 21 et les références citées.

²⁶⁰ Meier-Wehrli, p. 17 ; Hirsch, *loc. cit.*

çais. L'article 242 LSC prévoit expressément la solidarité en cas de dommage résultant de l'annulation de la société. Quant aux administrateurs, ils sont, aux termes de l'article 244 alinéa 1 LSC, tenus « individuellement ou solidairement selon les cas » ; l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 comportait déjà la même formule et la doctrine en déduisait, « en cas de pluralité de fautes ayant contribué à la production d'un dommage, sinon une responsabilité solidaire, du moins une responsabilité *in solidum*, produisant tous les effets principaux de celle-ci sans en comporter les effets secondaires » ²⁶¹.

2. Les conditions de la responsabilité.

193. Les caractères et les conditions de la responsabilité civile des organes sociaux ont donné lieu à de nombreuses discussions doctrinales dont nous ne prétendons pas nous faire l'écho. C'est ainsi que nous n'aborderons pas le problème du caractère contractuel ou délictuel de cette responsabilité, ni la question du fardeau de la preuve de la faute ²⁶².

Les conditions sont celles de toute responsabilité. Il faut une faute — et, en droit suisse, la violation d'un devoir, mais ces deux notions se confondent pratiquement ²⁶³ — un dommage et un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. Seules les deux premières conditions nous retiendront ici et nous nous bornerons à quelques remarques d'ordre général.

194. La *faute* des dirigeants sociaux et des contrôleurs consiste toujours dans un manquement à leurs devoirs : violation des dispositions légales, réglementaires ou statutaires, mais aussi plus largement, manquement à la diligence requise par leur charge. Il faut souligner que chaque membre d'un organe social n'est responsable que de sa propre faute. Ainsi, les administrateurs et les membres du directoire répondent de leurs fautes de gestion ²⁶⁴, alors que les membres du conseil de surveillance ne « peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les membres du directoire (que) si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale » ²⁶⁵ ; il en va de même des commissaires aux comptes ²⁶⁶. De même encore, l'administration qui a délégué

²⁶¹ Tunc, Travaux Capitants XV, p. 37 ; Noirel, n. 295, p. 205 et les références citées.

²⁶² Sur ces questions voir Wilhelm, p. 120 ss. et Meier-Wehrli, p. 67 ss.

²⁶³ Hirsch, Organe de contrôle, p. 193 ; Sem. jud. 1967, p. 249-250.

²⁶⁴ Art. 244 al. 1 LSC.

²⁶⁵ Art. 250 al. 1 LSC.

²⁶⁶ Art. 234 al. 2 LSC.

certaines de ses pouvoirs à un comité ou à un directeur n'est plus responsable que de la *culpa in eligendo, instruendo et custodiendo* ²⁶⁷.

L'article 754 CO, de même que l'article 234 alinéa 1 LSC pour les commissaires aux comptes, précisent que les personnes visées répondent de leur simple négligence. En revanche, les articles 244 alinéa 1 et 250 alinéa 1 LSC ne visent expressément que la « faute » des administrateurs, membres du directoire et membres du conseil de surveillance ; conformément au droit commun, il faut cependant admettre que cette notion de faute englobe la faute légère et la moindre négligence. Cependant, comme le remarquait Tunc ²⁶⁸, l'appréciation d'une faute ne consistant pas dans la violation d'une disposition légale ou statutaire est extrêmement délicate pour le juge appelé à confronter le comportement du dirigeant attaqué à celui d'un « dirigeant diligent et avisé », aussi le juge est-il amené à ne retenir en pratique, qu'une « faute très nette, une faute à peu près incontestable, une faute *caractérisée* ».

195. Le *dommage* se définit comme une diminution de patrimoine intervenue contre ou sans la volonté de son titulaire, et consiste dans la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il détiendrait si le fait dommageable ne s'était pas produit ²⁶⁹. Il peut s'agir aussi bien d'une perte que d'un manque à gagner.

La faute d'un organe social peut causer un dommage à la société, c'est là le cas le plus fréquent. Mais le préjudice subi par la société se répercute, bien entendu, sur les actionnaires, qui voient ainsi diminuer la valeur de leur participation. Il s'agit pour eux, selon la terminologie du droit suisse, d'un *dommage indirect* ²⁷⁰ qui ne les atteint que par l'intermédiaire de la société.

Certains actionnaires peuvent aussi subir, par le fait d'un organe social, un *dommage direct* ²⁷¹ affectant directement leur patrimoine mais non celui de la société. Un exemple souvent cité est celui de l'actionnaire qui « a acheté, souscrit ou vendu des actions sur la base de renseignements erronés ou d'un faux bilan » ²⁷².

De cette distinction entre dommage direct et dommage indirect découle la classification des diverses actions en responsabilité.

²⁶⁷ Hirsch, Sem. jud. 1967, p. 259.

²⁶⁸ Tunc, *op. cit.*, p. 32-33.

²⁶⁹ Meier-Wehrli, p. 77 et les références citées.

²⁷⁰ Note marginale *ad art. 755 CO*. On dit aussi *dommage social*.

²⁷¹ Ou *dommage individuel*.

²⁷² Hirsch, Sem. jud. 1967, p. 250.

3. *Les diverses actions en responsabilité.*

196. La distinction des actions sociales et des actions individuelles a fait en France, avant la loi du 24 juillet 1966, l'objet de vives controverses et de constructions jurisprudentielles et doctrinales qui sacrifiaient allègrement la logique juridique à l'efficacité²⁷³. La nouvelle loi sur les sociétés commerciales, si elle a peu innové dans ce domaine, a du moins clarifié la situation et les tribunaux ne devraient plus, à l'avenir, se trouver contraints de qualifier d'individuelles des actions manifestement sociales afin d'en faciliter l'exercice. Aujourd'hui, la position du droit français ne se distingue plus guère de celle du droit suisse.

197. Pour obtenir réparation du dommage qui l'atteint directement, l'actionnaire dispose d'une *action individuelle* contre les personnes responsables. Cette action ne se distingue de l'action en responsabilité civile du droit commun que par une prescription abrégée²⁷⁴.

198. Le dommage causé à la société donne lieu à une action sociale, tendant au versement de dommages-intérêts à la société. L'exercice de cette action appartient bien entendu à la société elle-même²⁷⁵, c'est l'action sociale majoritaire ou *ut universi*. Mais la loi permet également l'exercice individuel de l'action sociale, qui est dite alors minoritaire ou *ut singuli*²⁷⁶. Cette action sociale minoritaire peut être exercée par chaque actionnaire individuellement, ou encore, en droit français, par des actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social qui peuvent alors se grouper et charger un ou plusieurs d'entre eux de les représenter en justice²⁷⁷. Tout comme l'action sociale majoritaire, l'action sociale exercée *ut singuli* vise à la réparation de l'entier dommage subi par la

²⁷³ Voir notamment Noirel, n. 298 ss., p. 206 ss.

²⁷⁴ Art. 760 CO ; 235, 243, 247 et 370 LSC.

²⁷⁵ En Suisse, la décision d'agir en responsabilité est de la compétence de l'assemblée générale (art. 693 al. 3 CO) ; elle appartient, en France, à l'administration.

²⁷⁶ Art. 755 CO, 245 LSC. En droit français, la possibilité de l'action *ut singuli* n'est expressément prévue que contre les administrateurs et membres du directoire. Il résulte de l'article 200 DSC qu'elle peut aussi être exercée contre les membres du conseil de surveillance, en tout cas dans les conditions prévues par cet article, c'est-à-dire par un groupement d'actionnaires. On peut se demander si l'action *ut singuli* est, dans le silence de la loi, recevable contre les commissaires aux comptes. Il n'y a, à notre avis, aucune raison de l'écarter dans ce cas.

²⁷⁷ Art. 245 LSC, 200 DSC.

société et ne peut aboutir au versement de dommages-intérêts qu'à celle-ci, non aux actionnaires ²⁷⁸.

Plus encore que l'action en annulation d'une décision sociale, l'action sociale *ut singuli* fait de l'actionnaire un véritable organe social subsidiaire ²⁷⁹ en lui permettant d'agir dans un intérêt qui n'est pas directement le sien, mais celui de la collectivité.

II. La responsabilité pénale.

199. Outre les responsabilités pénales résultant du droit commun et du droit de la faillite, le droit français érige en infractions pénales un très grand nombre de fautes des organes sociaux ²⁸⁰. Si la mise en œuvre de ces sanctions pénales ne profite évidemment pas à l'actionnaire, leur menace joue un rôle préventif certain.

Certaines infractions consistent en des actes préjudiciables essentiellement aux créanciers, mais un grand nombre de délits résultent d'un comportement contraire aux intérêts des actionnaires ; tel est le cas, notamment, de l'abus de biens ou de crédits sociaux (art. 425 et 437 LSC).

B. La responsabilité civile des actionnaires majoritaires.

200. Les actionnaires n'encourent en principe aucune responsabilité du fait de l'exercice de leurs prérogatives sociales, et notamment de leur droit de vote. Ce principe souffre cependant certaines exceptions.

201. Tout d'abord, l'actionnaire majoritaire qui intervient dans la gestion et donne des instructions au conseil d'administration ou au directoire tombe sous le coup des dispositions régissant la responsabilité de ces organes puisqu'il agit, en fait, comme un dirigeant social ²⁸¹.

202. D'autre part, il faut admettre que les actionnaires majoritaires peuvent, dans l'exercice de leur droit de vote, engager leur responsabilité civile à l'égard des minoritaires ou de la société en cas d'abus de droit. Le droit commun de la responsabilité délictuelle paraît fournir une

²⁷⁸ Art. 755 CO, 245 LSC. Cette solution est nouvelle en droit français ; sur le régime antérieur, voir notamment Chesné, Rev. trim. dr. com. 1962, p. 347. Didier, p. 394-395, déplore la solution adoptée par la loi de 1966 et se demande si elle est impérative.

²⁷⁹ Schmidt, n. 300 ss., p. 225 ss.

²⁸⁰ Art. 432 ss. LSC.

²⁸¹ Hirsch, Cession de contrôle, p. 183 ; W. von Steiger, Verantwortungen, p. 699 ss. ; Meier-Wehrli, p. 17.

base légale à cette solution dans la mesure où les conditions s'en trouvent réunies. On peut d'ailleurs remarquer que si l'annulation d'une décision sociale entachée d'abus de majorité constitue, comme on l'a soutenu en droit français, une réparation en nature fondée sur la responsabilité civile des majoritaires, il est normal d'admettre la possibilité d'une réparation par équivalent lorsque la réparation en nature n'est pas possible²⁸². Cette responsabilité des actionnaires majoritaires revêtirait ainsi un caractère subsidiaire par rapport à l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale pour cause d'abus de majorité²⁸³.

Le principe d'une responsabilité personnelle des majoritaires en cas d'abus de majorité est assez généralement admis par la doctrine²⁸⁴ mais ne paraît pas avoir été jusqu'ici consacré par la jurisprudence²⁸⁵.

203. Si l'on admet l'action en responsabilité des majoritaires abusifs, il reste à savoir qui peut l'exercer et à qui des dommages-intérêts pourront être alloués. Pour Siegwart²⁸⁶, l'action appartient à la société — pour autant que la majorité ait changé depuis la décision dommageable — et à l'actionnaire isolé si la société n'a pas usé de cette possibilité ; l'action viserait à réparer une atteinte à l'intérêt social et tendrait donc au versement de dommages-intérêts à la société. Pour Schmidt²⁸⁷, l'action peut être exercée par les actionnaires non majoritaires ; tendant à la réparation d'un « désordre collectif que ne répare pas une indemnisation individuelle », elle ne pourrait aboutir qu'à l'indemnisation de la société. Weiss²⁸⁸, en revanche, parlant d'une action en dommages-intérêts des actionnaires minoritaires pour le dommage qui *leur* est causé par le vote de la majorité, paraît admettre que les actionnaires lésés poursuivent la réparation d'un préjudice qui leur est personnel.

Nous pensons que, d'une décision abusive de l'assemblée générale, peut résulter aussi bien un dommage personnel aux actionnaires minoritaires qu'un préjudice pour la société. Selon les cas, il faudrait donc

²⁸² Schmidt, n. 247-248, p. 187.

²⁸³ Siegwart, *Einl.*, n. 231.

²⁸⁴ Siegwart, *Einl.*, n. 231 ; Weiss, n. 210 et les références citées ; W. von Steiger, *op. cit.* ; Schmidt, n. 247 ss., p. 187 ss. et les références citées p. 189, note 2.

²⁸⁵ Berr, n. 475, p. 281 ; Schmidt, p. 187, note 3, mentionne cependant un arrêt de la Cour de Paris du 6 déc. 1968 (D. 1969.Somm.27), mais la responsabilité des actionnaires principaux à l'égard de la société ne paraît pas, dans cette espèce, trouver sa source dans un abus de majorité ni dans l'exercice de leur droit de vote.

²⁸⁶ Siegwart, *Einl.*, n. 231.

²⁸⁷ Schmidt, n. 251, p. 190.

²⁸⁸ Weiss, n. 210.

admettre une action individuelle ou une action sociale, majoritaire ou minoritaire, tout comme pour la responsabilité des administrateurs.

§ 4. *L'administration provisoire.*

204. L'article 393 chiffre 4 CCS prévoit l'institution d'une curatelle par l'autorité tutélaire « lorsque l'organisation d'une corporation ou d'une fondation n'est pas complète et qu'il n'est pas pourvu d'une autre manière à son administration ». La jurisprudence s'est toujours refusée à une interprétation extensive de cette disposition, qui aurait permis de faire de cette intervention administrative un véritable instrument de solution des conflits internes de la société anonyme. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a récemment rappelé, « la jurisprudence admet que cette disposition légale (l'article 393 ch. 4 CCS) est applicable à la société anonyme, mais elle tient l'institution d'une curatelle en pareil cas pour un pis-aller et n'y recourt qu'avec réserve, à savoir lorsqu'il apparaît qu'il ne sera pas remédié à bref délai au défaut d'administration et qu'alors les affaires de la société ne seront pas gérées du tout ou risquent de l'être par des personnes incompetentes ou hors d'état de prendre les mesures nécessaires... En revanche, un conflit interne entre deux actionnaires qui se disputent l'administration de la société ne suffit pas à justifier l'institution d'une curatelle, aussi longtemps que l'un d'eux a le pouvoir de représenter la société, même si sa nomination est attaquée en justice »²⁸⁹.

205. En France, en revanche, l'institution de l'administration provisoire, création jurisprudentielle datant du siècle dernier²⁹⁰, a fait récemment l'objet d'un certain nombre de décisions qui l'élèvent au rang d'instrument de défense de la société et des minoritaires contre les abus de pouvoir des *contrôlares*.

²⁸⁹ JT 1969.I.377 (p. 379). Voir aussi ATF 78.II.374 = JT 1953.I.279 ; ATF 71.II.218 ; ATF 69.II.21 = JT 1943.I.392.

²⁹⁰ Cette institution était, à l'origine, fondée sur l'art. 1961 C. civ. relatif au séquestre des choses dont la propriété est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. Elle fut reprise, pendant la guerre, par les lois du 10 sept. 1940 et du 2 févr. 1941 afin d'assurer le fonctionnement des entreprises privées de leurs dirigeants, puis par l'ordonnance du 2 déc. 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques et à l'organisation du crédit. Aujourd'hui, les art. 94 et 158 LSC prévoient la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée générale lorsque les organes compétents ne procèdent pas à cette convocation. Voir J. Boccara, *L'administration provisoire des sociétés*, thèse dactyl., Paris 1948 ; C. Lapp, *Rev. trim. dr. com.* 1952, p. 769 ; A. Chassagnon, *L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice*, thèse dactyl., Paris 1954 ; Y. Guyon, *Jurisl. Soc.*, t. 6, fasc. 133-F.

A l'origine, la nomination d'un administrateur provisoire par le juge des référés n'est, tout comme la curatelle du droit suisse malgré une conception un peu moins restrictive, qu'un moyen de pallier la disparition ou la carence de l'un des organes de la société. Conformément aux règles au principal²⁹³. En pratique, la mission de l'administrateur provisoire ne peut être prononcée que s'il y a urgence²⁹² et ne doit pas préjudicier au principal²⁹³. En pratique, la mission de l'administrateur provisoire consiste le plus souvent à convoquer l'assemblée générale²⁹⁴ lorsque le conseil d'administration en est incapable²⁹⁵ ou se refuse à le faire²⁹⁶, certaines juridictions confiant toutefois à l'administrateur provisoire tout pouvoir pour résoudre la difficulté ayant motivé sa désignation et assurer la gestion courante jusqu'au retour à une situation normale²⁹⁷.

Mais certaines décisions récentes sont allées beaucoup plus loin en admettant la nomination d'un administrateur provisoire dans des hypothèses où, malgré le fonctionnement régulier des organes sociaux, la gestion de la société n'était plus assurée de manière normale. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens²⁹⁸, se fondant sur le principe « que la nomination d'un administrateur judiciaire est possible lorsque la gestion d'une société normalement assurée par le conseil d'administration, est compromise de manière telle qu'elle ne puisse plus continuer à subsister si on laissait les choses en l'état », confirme la désignation d'un administrateur provisoire pour une société gérée uniquement dans l'intérêt d'une société concurrente devenue actionnaire majoritaire. Cet

²⁹¹ Art. 417 al. 3 C. pr. civ.

²⁹² Noirel, n. 408 ss., p. 286 ss. ; Berr, n. 498-499, p. 293-294, qui remarque cependant : « L'urgence découle nécessairement de la constatation qu'un conflit grave et persistant empêche l'organe considéré de prendre les décisions qui s'imposent. »

²⁹³ Sur l'interprétation de cette notion, Noirel, n. 413 ss., p. 290 ss. ; Berr, n. 500, p. 294-295.

²⁹⁴ Pour certains auteurs, ce serait sa seule mission possible ; Joly, Administrateurs, n. 24. La compétence de l'administrateur provisoire de convoquer l'assemblée générale extraordinaire est en revanche contestée car elle se concilie mal avec l'interdiction de préjudicier au principal ; Noirel, n. 430 ss., p. 300 ss. Mais l'art. 158 al. 2 ch. 2 LSC ne fait pas de distinction.

²⁹⁵ Nombre d'administrateurs inférieur au minimum légal (Paris, 20 déc. 1968, D. 1969.246) ; nomination des administrateurs annulée (Trib. com. Seine 26 déc. 1893, J.S. 1893.149) ; pouvoirs expirés (Civ. 29 juin 1925, D.H. 1925.593) ; paralysie du conseil en raison de graves dissensions (Com. 21 janv. 1963, Bull. civ. 1963.III. n. 50, p. 41) ; coexistence de deux conseils rivaux (Trib. com. Versailles, 19 mars 1941, J.S. 1943.273).

²⁹⁶ Nancy, 19 juill. 1946, D. 1947.525, note A.C. ; Paris, 17 oct. 1964, Gaz. Pal. 1964.2.452 ; Riom, 19 févr. 1968, J.C.P. 1968.II.15452, note P.L. Voir les art. 94 al. 5 et 158 al. 2 ch. 2 LSC.

²⁹⁷ Besançon, 13 juill. 1951, Gaz. Pal. 1951.2.357 ; Aix, 14 nov. 1957, J.C.P. 1957.II.10304. *Contra* : Com. 7 mars 1956, J.C.P. 1956.II.9356, note D.B.

²⁹⁸ Amiens, 11 févr. 1964, Rev. trim. dr. com. 1964, p. 797, note Houin.

arrêt, à n'en pas douter, méritait l'approbation. Tout en faisant de l'administration judiciaire un moyen de défense des actionnaires minoritaires, il ne dénaturait d'ailleurs pas la portée de cette institution, en précisant que la nomination de l'administrateur ne se justifiait que si, dans le délai d'un mois, la juridiction compétente était saisie d'une action en annulation de la cession d'actions irrégulière et des décisions consécutives du conseil d'administration. Bien qu'intervenue alors que la société possédait des organes constitués et capables d'agir, la nomination d'un administrateur judiciaire gardait ainsi son caractère de mesure provisoire et, en quelque sorte, conservatoire.

206. Il n'en va plus de même dans la retentissante affaire Fruehauf, qui devait soulever dans la doctrine les réactions les plus vives. Les faits sont connus. La société Fruehauf-France est la filiale française d'un groupe américain qui détient les deux tiers de ses actions et dont émanent cinq des huit administrateurs, les trois autres (dont le président-directeur général) étant français. Sur intervention du Trésor américain, la maison mère avait donné l'ordre aux administrateurs d'annuler un marché passé avec la firme Berliet et tendant à la fourniture de véhicules à la Chine populaire. Le président-directeur général démissionna alors et les trois administrateurs français obtinrent du président du Tribunal de commerce de Corbeil-Essones une ordonnance de référé désignant un administrateur provisoire « avec mission de gérer activement et passivement ladite société et notamment d'exécuter les commandes en cours ». La Cour de Paris devait, en appel, confirmer cette ordonnance²⁹⁹.

Dans ses considérants, la Cour relève que, contrairement à ce qu'affirmait le juge des référés, la société « demeurerait pourvue d'un conseil d'administration complet et régulièrement nommé, habile à remplacer le président-directeur général démissionnaire qui a été effectivement remplacé ». On ne saurait constater plus clairement que les conditions traditionnellement mises par la jurisprudence à la désignation d'un administrateur provisoire ne sont pas réunies. Si la Cour de Paris confirme cependant la décision du juge des référés, c'est parce que le défaut d'exécution du contrat passé avec Berliet serait « de nature à ruiner définitivement l'équilibre financier et le crédit moral de la société Fruehauf-France et à provoquer sa disparition et le licenciement de plus de six cents ouvriers » ; l'arrêt précise « que pour nommer un administrateur provisoire le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majo-

²⁹⁹ Paris, 22 mai 1965, J.C.P. 1965.II.14274 bis, concl. av. gén. Nepveu ; Gaz. Pal. 1965.2.86 ; Rev. trim. dr. com. 1965, p. 619, obs. Rodière ; Rev. soc. 1965.288 ; D. 1968. Jurisprudence. 147, note Contin. Contin, D. 1968.Chron.45.

ritaires, et qu'il n'est nullement certain, au surplus, que cette nomination soit contraire aux intérêts réels des appelants ». Si la Cour relève « toutefois que le mandat général conféré à l'administrateur judiciaire ne doit pas conduire à lui imposer l'exécution de commandes dont il est seul en mesure d'apprécier, dans chaque cas particulier, l'opportunité pour la société », ce n'est là que pure précaution de style car on ne voit guère comment l'administrateur nommé afin d'éviter la non-exécution d'un marché pourrait ne pas être chargé, en droit ou en fait, de l'exécuter.

Alors que, dans l'espèce tranchée par l'arrêt d'Amiens, la nomination d'un administrateur judiciaire restait une mesure conservatoire destinée à permettre aux minoritaires de faire valoir leurs prétentions en justice, l'ordonnance confirmée par la Cour de Paris emporte une véritable substitution du juge aux organes compétents pour apprécier l'intérêt social, puisque l'administrateur provisoire reçoit expressément — ou tacitement si l'on tient compte de la restriction de style apportée par la Cour aux considérants du juge des référés — la mission de passer outre à la volonté majoritaire. Que reste-t-il donc du principe selon lequel la nomination judiciaire d'un administrateur ne doit pas préjudicier au principal ? Salué par certains commentateurs³⁰⁰ comme la consécration jurisprudentielle de la notion d'entreprise, dont la société n'apparaît que comme la technique juridique d'organisation, l'arrêt Fruehauf a été en général fort critiqué par les auteurs³⁰¹, pour lesquels cette décision marque une intervention inadmissible du juge dans les affaires sociales et la méconnaissance du principe fondamental de la société anonyme selon lequel l'appréciation de l'intérêt social n'appartient qu'à la majorité³⁰². Décision politique à n'en pas douter³⁰³, l'arrêt de la Cour de Paris n'a peut-être pas la portée générale qu'on a voulu lui donner. Du moins montre-t-il que l'actionnaire peut trouver dans l'institution de l'administration provisoire un moyen de défense efficace contre les abus de contrôle patrimonial³⁰⁴.

207. La jurisprudence intervenue en la matière depuis l'arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1965 paraît revenir à une conception plus prudente³⁰⁵. Néanmoins, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mars 1968³⁰⁶

³⁰⁰ Contin, D. 1968.Chron.45 ; Paillusseau, p. 199.

³⁰¹ Guyon, note sous Trib. com. Paris, référés, 9 mai 1969, J.C.P. 1969.II.16063 ; Didier, p. 408 ; Schmidt, n. 198, p. 146.

³⁰² Schmidt, *loc. cit.*

³⁰³ Schapira, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 970.

³⁰⁴ Contin, *op. cit.*, p. 49.

³⁰⁵ Notamment Paris, 15 mars 1968, J.C.P. 1969.II.15814, note N. Bernard ; Trib. com. Paris, référés, 9 mai 1969, précité (note 301).

³⁰⁶ Précité (note 305).

affirme que la substitution d'un administrateur provisoire aux organes de gestion d'une société peut être opérée « lorsque l'administration sociale, malgré le fonctionnement apparemment régulier des organes de gestion, n'est plus, en fait, assurée de façon normale en ce qu'elle risque, dans un bref délai, de porter un préjudice irrémédiable aux intérêts de la société elle-même, distincts des intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires ». Et le président du Tribunal de commerce de Paris, statuant en référé le 9 mai 1969³⁰⁷, déclare que la nomination d'un administrateur judiciaire « pourrait se justifier si un dissentiment grave entre les administrateurs ne permettait plus d'assurer la gestion et l'administration de la société, ou si les décisions de ce conseil allaient à l'encontre des résolutions ou des intentions des actionnaires, constituant ainsi un abus de majorité ». Ainsi se trouve confirmée la tendance actuelle à voir dans l'administration judiciaire un « moyen de faire obstacle aux menées abusives de la majorité, ce qui vaut évidemment mieux que de se contenter de l'annulation des décisions abusives, une fois celles-ci prises et exécutées »³⁰⁸.

§ 5. *L'action en dissolution pour justes motifs.*

208. Dans certaines hypothèses extrêmes, les intérêts des actionnaires ou de la société peuvent être compromis de telle sorte qu'aucune solution ne puisse plus être trouvée dans le cadre social. Il se justifie alors de dissoudre la société. Après avoir exposé les principes de cette dissolution pour justes motifs, nous nous demanderons si celle-ci peut être évitée soit par l'exclusion de certains actionnaires, soit par la reconnaissance d'un droit de retrait à ceux à qui le maintien du lien social est devenu insupportable.

A. *La dissolution pour justes motifs.*

209. Les sociétés anonymes, au moins celles d'une certaine importance, sont normalement vouées à la pérennité. Organismes complexes indépendants de la personne de leurs membres, elles sont faites pour durer et survivre à la coalition d'intérêts qui leur a donné naissance. Aussi ne peut-on admettre aisément la possibilité pour un actionnaire de faire dissoudre la société contre l'avis de la majorité. Le droit suisse et le droit

³⁰⁷ Précité (note 301).

³⁰⁸ Guyon, note précitée (note 301). Sur la nomination discutable d'un contrôleur de gestion à la requête du cédant d'actions conférant le contrôle de la société, voir Com. 10 janv. 1972, J.C.P. 1972.II.17134, note Guyon.

français consacrent cependant tous deux la dissolution judiciaire pour de justes motifs ³⁰⁹, « mode ultime de solution des conflits » ³¹⁰.

210. D'après l'article 736 chiffre 4 CO, la dissolution judiciaire pour justes motifs peut être demandée par des actionnaires représentant ensemble un cinquième au moins du capital social. C'est donc un droit de minorité plus qu'un droit individuel de l'actionnaire ; mais la jurisprudence précise que l'action appartient également à l'actionnaire qui dispose à lui seul du pourcentage requis ³¹¹. En droit français, en revanche, l'article 1871 C. civ. ne subordonne pas l'exercice de l'action en dissolution à la possession d'une fraction minimum du capital.

211. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de définir les caractères de l'action en dissolution. C'est un moyen de droit subsidiaire, en ce sens qu'il ne peut être exercé que si aucune autre voie moins radicale ne permet de mettre fin à la situation ³¹². Ne constitue donc pas un juste motif de dissolution une atteinte aux droits de l'actionnaire qu'une action en annulation ou en constatation de nullité d'une décision sociale, ou encore une action en responsabilité, permettrait de réparer. Peut-être faut-il même refuser l'action en dissolution à l'actionnaire qui aurait la possibilité de sortir de la société en cédant ses actions à un prix satisfaisant ³¹³. Ainsi limitée dans son exercice, l'action en dissolution doit avoir pour but de mettre fin à une situation objectivement intenable et telle que la société a perdu son droit à l'existence ³¹⁴. Il en est ainsi, en particulier, en cas de paralysie des organes sociaux due à la mésintelligence entre deux associés ou deux groupes détenant chacun la moitié des actions ³¹⁵, ou encore lorsque la majorité abuse de manière persistante de son pouvoir en gérant la société dans son intérêt exclusif et au détriment des minoritaires ³¹⁶.

En droit français, si le principe de la subsidiarité de la dissolution pour justes motifs ne paraît pas avoir été clairement posé, il résulte du caractère extrême des circonstances propres à la justifier, auxquelles aucune autre voie de droit ne permettrait de remédier. En effet, la disso-

³⁰⁹ Art. 736 ch. 4 CO ; 1871 C. civ. Doctrine et jurisprudence admettent l'application de ce texte à la SA ; voir Duquesnoy, p. 43 ss. ; Berr, n. 680-681, p. 392-393 ; Trib. com. Lyon, 30 octobre 1951, D. 1952.410.

³¹⁰ Berr, n. 678, p. 391.

³¹¹ ATF 67.II.162 = JT 1941.I.626.

³¹² *Ibid.* ; ATF 84.II.44 = JT 1959.I.158 (résumé) ; Bertsch, p. 41 ss.

³¹³ Bertsch, p. 62 ss.

³¹⁴ JT 1941.I.630 (précité). Voir Bertsch, p. 115-116.

³¹⁵ Cour d'appel du Tessin, Repertorio 73, 416 ss. ; Bertsch, p. 137 ss.

³¹⁶ ATF 84.II.44 (précité).

lution ne sera prononcée que si, par suite notamment de la mésentente entre actionnaires, le fonctionnement de la société se trouve paralysé de telle sorte que sa continuation soit rendue impossible³¹⁷.

212. En fait, la dissolution judiciaire n'est qu'un moyen désespéré. S'il s'agit de supprimer un abus dont souffre la minorité, mieux vaudrait pouvoir exclure les actionnaires abusifs ou reconnaître aux minoritaires le droit de quitter la société.

B. Exclusion et droit de retrait.

213. En droit suisse, l'exclusion d'un associé est prévue par l'article 822 CO dans le cadre de la société à responsabilité limitée. En vertu de l'alinéa 3 de cet article, l'exclusion est judiciaire, ne peut être prononcée que pour de justes motifs et la demande doit recueillir l'adhésion de la majorité des associés représentant la majeure partie du capital social. Aucune disposition analogue n'existe pour la société anonyme³¹⁸, dans laquelle l'absence d'*intuitus personae* devrait, dans l'esprit du législateur, la rendre inutile.

Pourrait-on, par une clause statutaire, prévoir, pour certains motifs ou pour de justes motifs, l'exclusion d'un actionnaire ? Dans les petites sociétés, notamment les sociétés de famille, une telle clause pourrait être bienvenue. A priori, elle se heurte cependant à deux ordres de difficultés.

Tout d'abord, notre droit de la SA suppose un capital social fixe qui doit être et demeurer intégralement souscrit, libéré dans la mesure déterminée de manière impérative par la loi, la société ne peut rembourser leurs apports aux actionnaires ni acquérir ses propres actions en dehors des cas limitativement énumérés par l'article 659 CO. Mais une clause d'expulsion ne se heurterait pas au principe du maintien du capital social si sa mise en œuvre était soit soumise au respect de la procédure de réduction de capital — qui ne pourrait évidemment être réduit au-dessous du minimum légal — soit assortie d'une obligation de rachat des actions de l'exclu à la charge des autres actionnaires³¹⁹.

Plus délicat est le problème de l'atteinte qu'une clause d'exclusion porterait au droit de l'actionnaire de faire partie de la société. Le socié-

³¹⁷ Schmidt, n. 252, p. 190-191 et les références citées ; Didier, p. 356.

³¹⁸ L'art. 686 al. 4 CO, permettant à la SA de refuser l'agrément d'une personne devenue actionnaire en vertu du droit de la famille en faisant racheter ses titres, est considéré par certains auteurs comme une exclusion. Voir A. Petit-pierre-Sauvain, p. 229.

³¹⁹ Cf. l'art. 822 al. 4 CO pour la SARL.

tariat est mis par l'article 646 alinéa 3 CO au nombre des droits acquis de l'actionnaire et c'est sans doute le plus fondamental de ses droits acquis absolus, celui en tout cas dont découlent tous les autres. Cela ne signifie toutefois pas qu'aucune atteinte ne puisse être apportée à ce droit, mais seulement qu'une limitation ne peut résulter que des statuts originaux³²⁰. Sous ces réserves, nous ne voyons pas de raison pour refuser d'admettre la validité d'une clause statutaire d'exclusion.

En France, la loi ne prévoit expressément la possibilité d'une clause statutaire autorisant l'exclusion d'un associé par l'assemblée générale que dans les sociétés à capital variable³²¹. Mais certains auteurs admettent, d'une façon générale, la légalité d'une telle clause permettant l'exclusion, pour des motifs déterminés, soit par l'assemblée générale, soit par décision judiciaire³²². L'exclusion apparaît alors comme une dissolution limitée à l'exclu, elle ne devrait donc être prononcée que si les conditions d'une dissolution judiciaire sont réunies³²³.

Quoiqu'il en soit, l'exclusion n'est certainement pas un moyen de protection de l'actionnaire. C'est en effet contre la majorité que l'actionnaire non majoritaire doit se défendre ; s'il est évident que l'assemblée générale ne peut exclure un majoritaire, il est non moins certain que le juge ne le pourra guère plus facilement car cette exclusion supposera le plus souvent le démantèlement de la société. La possibilité d'une exclusion vise plutôt à écarter « quelques intérêts individuels minimes »³²⁴ dans l'intérêt supérieur de la société.

214. Reste alors, pour l'actionnaire à qui le maintien du lien social est devenu insupportable, la possibilité de quitter la société. Certes, tout actionnaire peut en principe céder ses actions, mais, même en l'absence d'une clause d'agrément, cette faculté est bien souvent théorique, surtout si les titres ne sont pas cotés en Bourse et compte tenu de la situation qui motive le désir de l'actionnaire de céder sa participation. Aussi le minoritaire est-il alors prisonnier de ses titres ou ne peut-il les aliéner qu'à des conditions peu avantageuses.

Certaines législations reconnaissent à l'actionnaire un *droit de retrait* qu'il peut exercer dans certaines hypothèses déterminées, par exemple en cas de fusion³²⁵. La société est tenue de reprendre les actions de l'associé

³²⁰ Schluep, p. 99.

³²¹ Art. 52 al. 2 L. 24 juillet 1867. Sur le rachat des droits de l'associé dont le consentement a été vicié, voir l'art. 365 al. 2 LSC.

³²² Caillaud, p. 239 ss.

³²³ Schmidt, n. 254, p. 192.

³²⁴ Caillaud, p. 271.

³²⁵ Sur le droit de retrait (ou de retraite) en droit comparé, voir Meyssan, p. 118 ss., et surtout A. Petitpierre-Sauvain, p. 150 ss.

sortant à un prix équitable ordinairement fixé par des experts indépendants. Ce droit de retrait, souvent critiqué parce qu'il peut affaiblir gravement la société, a ses partisans en Suisse comme en France³²⁶. En l'absence de disposition légale en ce sens³²⁷, on doit se demander, là encore, si une disposition statutaire peut introduire le droit, pour l'actionnaire, de se retirer dans certaines circonstances.

Le problème est analogue à celui de l'exclusion du point de vue du principe du maintien du capital social. S'il n'est pas accompagné d'une réduction, dans les formes légales, du capital social, le droit de retrait se heurte à la prohibition de l'achat par la société de ses propres actions (art. 659 CO et 217 LSC)³²⁸. On sait toutefois que cette prohibition n'est pas absolue et qu'en droit suisse, la société peut être amenée en pratique, dans le cadre de l'article 686 alinéa 4 CO, à acquérir à leur valeur réelle les actions dont elle refuse d'agréer le transfert. Mais l'hypothèse du droit de retrait est bien différente : si l'actionnaire dissident veut faire reprendre ses actions par la société, c'est parce qu'il ne peut les céder sur le marché à un prix acceptable, et la société ne pourra donc aliéner sans perte les titres ainsi acquis. Il s'agirait, en fait, d'un véritable remboursement d'apport, interdit par l'article 680 alinéa 2 CO.

Mais rien ne s'opposerait, à notre avis, à une clause de retrait prévoyant que celui-ci doit s'accompagner d'une réduction de capital ou s'opérer par le rachat, par les autres actionnaires, des titres de l'associé sortant³²⁹.

³²⁶ Plattner, SAG 43 (1971), p. 3 ; Schmidt, n. 255, p. 193.

³²⁷ En droit français, le retrait d'un actionnaire est permis dans les SA à capital variable, aussi longtemps que sa sortie n'a pas pour effet de réduire le capital à un chiffre inférieur à celui que prévoient les statuts et qui ne saurait, depuis 1966, être inférieur à 100.000 F (art. 48 ss. L. 24 juillet 1867).

³²⁸ Bertsch, p. 72 ; Schmidt, n. 255, p. 193.

³²⁹ Cf. A. Petitpierre-Sauvain, p. 160.

CHAPITRE III

LE MAINTIEN DES DROITS DES ACTIONNAIRES DANS LES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS ANONYMES

215. Ayant dégagé les notions de fusion et de scission et les principes généraux de la protection des actionnaires, nous devons maintenant préciser la situation des actionnaires de chacune des sociétés intéressées en cas de fusion ou de scission. On sait que l'une et l'autre opérations se traduisent, pour les actionnaires de la société ou des sociétés reprises, par un échange de leurs titres contre des actions de la société ou des sociétés reprenantes. Nous serons conduits à étudier tout d'abord, sur le plan des principes juridiques, les effets de l'opération sur les droits des actionnaires des sociétés participantes, avant d'en exposer les mécanismes concrets, c'est-à-dire les bases financières.

Section I : LES EFFETS DE LA FUSION OU DE LA SCISSION SUR LES DROITS DES ACTIONNAIRES.

216. Nous avons vu que la fusion en droit suisse ou français et la scission du droit français se caractérisent par la continuité de l'actionnariat : les actionnaires de la société qui se dissout demeurent actionnaires, mais de la société ou des sociétés reprenantes. Quant à la scission actuellement possible en droit positif suisse, elle aboutit au même résultat, bien qu'il n'y ait pas directement échange de titres, mais distribution des actions des sociétés bénéficiaires des apports aux actionnaires de la société scindée à titre de parts de liquidation, et les principes que nous allons dégager seront donc applicables, mutatis mutandis, à cette opération. Toutefois, afin de ne pas alourdir les développements qui vont suivre et dont l'objet est de dégager des principes généraux, nous ferons abstraction, dans cette section et la suivante, de la scission du droit suisse, dont les particularités et les contours mal définis conduiraient à des distinctions délicates.

Si l'échange des actions doit assurer le maintien du sociétariat des actionnaires de la société dissoute, il risque d'affecter leurs droits patrimoniaux ou ceux des actionnaires de la société reprenante. Aussi, après avoir envisagé le principe du maintien du sociétariat des actionnaires de la société dissoute, étudierons-nous les effets de l'opération sur les droits patrimoniaux des actionnaires de chacune des sociétés en cause.

§ 1^{er}. *Le maintien du sociétariat des actionnaires de la société reprise.*

217. Dans l'exposé des notions de fusion et de scission, nous avons insisté sur le principe de continuité qui domine ces opérations¹. Cette continuité se manifeste en particulier sur le plan de l'actionnariat. La dissolution de la société absorbée, des sociétés fusionnantes ou de la société scindée n'est en fait qu'une pure technique juridique qui transforme le lien social sans pour autant le dénouer. Les actionnaires de ces sociétés conservent leur qualité d'actionnaires : ils ne peuvent s'en voir privés à l'occasion de la fusion ou de la scission, ils ne peuvent non plus prétendre y renoncer en réclamant leur part de liquidation. Cette continuité du sociétariat avec tous ses attributs entraîne l'impossibilité pour la majorité de réaliser, à l'occasion de la fusion ou de la scission, une modification des droits des actionnaires qui n'eût pas été possible par décision majoritaire en cas de survie de la société reprise².

Le principe est donc clair : tout actionnaire de la société reprise doit recevoir des actions de la société reprenante — ou des sociétés reprenantes en cas de scission — et il ne peut ni être exclu ni être tenu à de nouvelles prestations pour conserver sa qualité³. Sa mise en œuvre ne va toutefois pas sans problème. Il n'y a pas de difficulté lorsque chaque action de la société reprise donne droit à une ou plusieurs actions de la société reprenante, ou de chacune des sociétés reprenantes en cas de scission. Le plus souvent, cependant, le rapport d'échange des actions ne peut être fixé de manière aussi simple. D'une part, il arrive qu'une soulte en espèces doive être attribuée aux titulaires d'actions de la société reprise parce qu'un taux d'échange satisfaisant ne peut être trouvé. D'autre part, il est fréquent qu'une ou plusieurs actions de la société reprenante ne puisse être attribuées qu'en échange de plusieurs actions de la société reprise, d'où un problème de *rompus*.

218. La question de l'attribution d'une soulte en espèces a surtout été examinée, en doctrine, sous l'angle de la protection des créanciers :

¹ Cf. *supra*, n. 30.

² Suter, p. 131. Hamel et Lagarde, I, n. 766.

³ Suter, p. 130 ss.

si la validité d'une fusion avec soulte a parfois été contestée, c'est parce qu'elle peut entraîner une « perte de substance » des patrimoines sociaux servant de gage aux créanciers⁴. Mais c'est plutôt, à notre sens, en fonction des droits des actionnaires de la société reprise que la légitimité de l'attribution d'une soulte en espèces pourrait être mise en doute. En effet, alors que le principe est la continuité du sociétariat, l'attribution d'espèces à ces actionnaires aboutit à réduire la participation financière et l'influence de chacun d'eux en lui remboursant une partie de la valeur de ses titres, qui seront échangés contre des actions de valeur *réelle* inférieure. Peut-on voir là une sorte d'exclusion partielle de chaque actionnaire ? Nous ne le pensons pas. Que la soulte soit prélevée sur les fonds de la société reprise ou de la société reprenante, elle n'est guère différente, pour l'actionnaire, d'un dividende extraordinaire qui pourrait être décidé en tout temps par l'assemblée générale et qui, en grevant les réserves de la société, affecterait normalement la valeur des actions. Bien entendu, le principe de l'égalité de traitement des actionnaires doit être respecté dans l'attribution des soultes.

219. Plus délicat est le problème des *rompus* ; lorsque, par exemple, une action de la société reprenante est remise contre deux actions de la société reprise, l'échange porte une atteinte incontestable aux droits des détenteurs d'un nombre impair de titres de la seconde société. Ceux-ci se trouvent devant une alternative : céder leur titre unique ou isolé ou acquérir une nouvelle action de leur société afin de devenir actionnaires de la société reprenante. La fusion aboutit ainsi soit à l'exclusion partielle ou totale de ces actionnaires, soit à une augmentation de leurs engagements, alors qu'aucune de ces deux solutions ne peut, en vertu des principes du droit de la société anonyme, leur être imposée. La jurisprudence et la doctrine française ont cependant, en raison des nécessités de la pratique, admis depuis fort longtemps que l'on ne pouvait mettre obstacle, de ce chef, à une fusion réalisée, par hypothèse, dans l'intérêt social⁵ et qu'il fallait assimiler l'actionnaire qui doit vendre ses « titres flottants » à celui dont la société est purement et simplement dissoute et qui touche une certaine somme en représentation de ses droits dans la société. En revanche, les auteurs suisses considèrent que la décision de fusion ne peut contraindre l'actionnaire de la société reprise ni à renoncer au sociétariat, ni à acquérir de nouveaux titres pour conserver sa qualité ; dans le premier cas, l'opération se heurte à l'impossibilité d'exclure un action-

⁴ Cf. Suter, p. 131.

⁵ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-E, n. 6 et les références citées ; Trib. civ. Seine, 14 mai 1892, J.S. 1893.60 ; Rev. soc. 1893.34. Sur la solution que peut apporter à ce problème l'art. 184 DSC, et sur les difficultés de sa mise en œuvre, voir Baudeau-Bellargent, fasc. 164-E, n. 7.

naire⁶, dans le second, elle constitue une « violation par analogie » de l'article 623 alinéa 2 CO, selon lequel « la réunion en titres de valeurs nominales plus élevées ne peut s'opérer que du consentement de l'actionnaire »⁷. La fusion avec rompus ne serait donc pas licite.

Cette seconde position est certes conforme au principe de continuité qui domine les opérations de fusion et de scission. Elle fait fi, cependant, des nécessités de la pratique. Il ne paraît pas souhaitable d'empêcher la réalisation d'une fusion conforme à l'intérêt de l'entreprise et à celui de l'ensemble des actionnaires pour protéger les droits de quelques-uns, dans la mesure où ces droits peuvent être sauvegardés d'une autre manière. Si ces droits ne peuvent être purement et simplement méconnus, si la fusion ou la scission ne doit pas être un moyen d'écarter certains actionnaires, le principe de l'égalité de traitement et la prohibition de l'abus de majorité devraient permettre d'éviter les abus dans ce domaine. La fusion et la scission ne sont pas comparables aux autres cas de dissolution d'une société ; il n'en reste pas moins que ces deux opérations utilisent la technique de la dissolution. Il n'est donc par arbitraire d'assimiler l'actionnaire contraint de vendre ses « titres flottants » à celui dont la société est simplement dissoute et qui touche sa part de liquidation. On ne peut se dissimuler que la possibilité d'une fusion ou d'une scission avec *rompus* constitue une exception importante au principe selon lequel l'opération ne permet pas d'imposer aux actionnaires de la société reprise une atteinte à leurs droits qui n'eût pas été possible si la société s'était poursuivie. Mais l'intérêt de l'actionnaire doit ici céder le pas à celui de la société à ce que la fusion se réalise.

Cette justification par l'intérêt social donne la mesure de l'atteinte qui peut être portée, par les conditions de l'échange, aux droits de l'actionnaire. La fusion avec rompus cesse d'être légitime si l'atteinte aux intérêts de l'actionnaire est telle qu'elle ne puisse plus se justifier par l'intérêt social à la réalisation de l'opération. Plus grand sera le nombre d'actions de la société reprise nécessaire pour obtenir un nombre entier de titres de la société reprenante, plus l'on devra se montrer exigeant dans l'appréciation de l'intérêt social propre à justifier un tel taux d'échange.

220. Encore faut-il, bien entendu, que les détenteurs de titres flottants ne soient pas spoliés. S'ils ne veulent pas acquérir les *rompus* d'autres actionnaires, il faut qu'ils aient la possibilité effective de céder les leurs à des conditions équitables.

⁶ Suter, p. 131.

⁷ *Ibid.* ; Frehner, p. 51, 77 ; F. von Steiger, p. 358 ; Amrein, SAG 35, p. 356 ; Schucany, art. 748 CO, n. 8.

Les modalités du récent contrat de fusion entre les sociétés Nestlé Alimentana S.A. et Ursina-Franck S.A. nous paraissent avoir tenu compte de manière satisfaisante des intérêts des porteurs de titres isolés. Deux actions Ursina-Franck donnant droit à une action au porteur Nestlé, les dispositions suivantes ont été prises : « Le nécessaire a été fait auprès des Banques pour faciliter la négociation d'une seule action ou d'une action Ursina-Franck S.A. lorsque le nombre des actions est impair. — Nestlé Alimentana S.A. s'engage en outre à trouver une solution au problème des actionnaires d'Ursina-Franck S.A. qui ne possèdent qu'une seule action de cette société. Ces actionnaires garderont la faculté d'exercer le droit de vote qui découle d'une action au porteur entière de Nestlé Alimentana S.A., cela après la remise de leur action Ursina-Franck S.A. à un organe de dépôt qui sera désigné par Nestlé Alimentana S.A. Lesdits actionnaires conserveront le droit au 50 % des prestations pécuniaires, réalisées sur une action au porteur Nestlé Alimentana S.A. (dividende, autres répartitions, produit de réalisations de droits de souscription) »⁸. Ainsi se trouve en tous cas évitée l'exclusion forcée complète des titulaires d'une seule action⁹.

221. Il est fréquent, en pratique, que le contrat de fusion ou de scission prévoie, à peine de forclusion, un certain délai pour l'échange des titres de la société reprise contre ceux de la société ou des sociétés reprenantes¹⁰. La portée juridique d'une telle clause est discutée. Il est en tous cas certain que l'expiration du délai n'a pas pour effet d'éteindre les droits des actionnaires qui n'auraient pas présenté leurs titres à l'échange¹¹. La société reprenante devra consigner les titres nouveaux correspondants sans que cette consignation puisse prendre fin à l'expiration d'un délai de prescription, car la qualité d'actionnaire est imprescriptible¹². En France, on a toutefois proposé un système inspiré de celui qu'institue, pour les regroupements de titres, l'article 9 de la loi du 2 août 1957 : à l'expiration du délai fixé, les actions non réclamées pourraient être vendues et leur prix déposé à la Caisse de dépôts et consigna-

⁸ Extrait du rapport du conseil d'administration de Nestlé Alimentana SA à l'assemblée générale du 6 mai 1971.

⁹ Cette solution suppose, d'une part, que le titulaire d'une action isolée de l'absorbée reçoive un certificat lui donnant droit à 50 % des droits pécuniaires correspondant à une action de l'absorbante détenue par un tiers (une banque) et, d'autre part, que certains actionnaires (sans doute encore une banque amie) renoncent à leur droit de vote au profit du titulaire d'un certificat. On peut se demander dans quelle mesure ce dernier conserve effectivement la qualité d'actionnaire.

¹⁰ Baudou-Bellargent, fasc. 164-E, n. 10.

¹¹ *Ibid.* ; Suter, p. 127 ; Küry, p. 97 ; Schucany, art. 748 CO, n. 8. *Contra* : Secrétan, SAG 19, p. 34-35 ; Seine, 17 mars 1897, Rev. soc. 1897.481.

¹² Suter, p. 128 ; Siegwart, art. 622 CO, n. 74 ; F. von Steiger, p. 358.

tions, pour le compte de qui il appartiendra ¹³. On pourrait aussi songer à réduire le capital social de l'absorbante d'un montant égal à la valeur nominale des titres non réclamés et en consigner le prix ; mais la légalité d'une telle exclusion de certains actionnaires n'est pas évidente.

§ 2. Effets de la fusion ou de la scission sur les droits pécuniaires des actionnaires.

222. Si la fusion ou la scission n'atteint pas, sous les réserves que nous venons d'indiquer, la qualité d'actionnaire des membres des sociétés en cause, il va sans dire que leurs droits financiers se trouvent affectés dans leur assiette, voire dans leur valeur. Avant d'exposer, dans la prochaine section, les méthodes permettant d'assurer le maintien de la valeur de ces droits, il n'est pas inutile de souligner, aussi bien pour la société reprise que pour les sociétés reprenantes, de quelle manière la fusion ou la scission agit sur eux.

A. Effets sur les droits pécuniaires des actionnaires de la société reprise.

223. Le principe est que les actionnaires de la société reprise doivent conserver intacte la valeur de la participation qu'ils possédaient, avant l'opération, dans leur société. Provisoirement et par simplification, identifions la valeur de cette participation à celle de leurs droits latents sur la fortune sociale. Le seul cas qui ne pose pas de problème, sous réserve du respect de l'égalité de traitement, est celui de la scission réalisée exclusivement au profit de sociétés nouvelles créées par les seuls apports de la société scindée, car les actionnaires de celle-ci restent alors entre eux et conservent leurs droits proportionnels sur le même patrimoine. Dans tous les autres cas, la fusion ou la scission fait naître des droits concurrents au profit d'autres actionnaires sur le patrimoine de la société reprise, en même temps que les membres de cette dernière acquièrent des droits sur l'ensemble des patrimoines sociaux réunis.

Chaque actionnaire de la société reprise doit retrouver sur les patrimoines réunis des droits de même valeur que ceux qu'il possédait sur le patrimoine de sa société avant l'opération. Il doit recevoir « des titres en nombre et en valeur convenables pour qu'il ait, dans la nouvelle société, des droits proportionnels à sa part dans l'apport de la société dissoute » ¹⁴.

¹³ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-E, n. 10, considèrent que la mission d'agir ainsi pouvait, avant 1966, être conférée au liquidateur mais, en l'absence aujourd'hui de liquidateur, ils refusent un tel pouvoir à la société absorbante.

¹⁴ Auger, Rev. soc. 1925, p. 55.

Il ne s'agit pas d'assurer aux actionnaires de la société apporteuse l'attribution d'actions ayant la même valeur réelle pour chaque franc de nominal que celles qu'ils détenaient jusqu'ici, ce qui supposerait le maintien dans la société ou chaque société reprenante d'une proportion entre capital et réserves identique à celle qui existait dans la société reprise, et l'échange de chaque action ancienne contre une ou plusieurs actions nouvelles totalisant la même valeur nominale et la même valeur réelle. En effet, en cas de reprise par une société préexistante, c'est, comme nous allons le voir, le rapport entre capital et réserves existant précédemment au sein de cette société qui doit être maintenu, afin de conserver leur valeur réelle aux anciennes actions de la société reprenante. C'est dire que les actionnaires de la société reprise peuvent prétendre au maintien de la valeur absolue de leurs droits sur les réserves, non à celui de leur valeur réelle par franc de nominal. En d'autres termes et plus simplement, ils recevront des titres de même valeur réelle que ceux qu'ils détenaient, mais dont la valeur nominale peut être différente.

En droit suisse, les actions partiellement libérées de la société absorbée seront échangées contre des actions partiellement libérées de la société absorbante¹⁵. En droit français, en revanche, les actions émises par la société reprenante sont, de par la loi, intégralement libérées puisqu'il s'agit d'actions d'apport (art. 75 al. 3 et 193 al. 5 LSC). L'apport comprend, le cas échéant, les créances de la société absorbée en libération du solde, mais ces créances ne sont plus, à l'égard de la société reprenante, fondées sur l'obligation de libérer, ce sont des créances quelconques. L'inégalité entre actions complètement et incomplètement libérées ne peut se traduire que sur le plan de la répartition des actions nouvelles, ce qui a évidemment pour inconvénient de transformer une inégalité temporaire en inégalité définitive¹⁶. Le mieux serait alors sans doute d'appeler les sommes non versées avant la réalisation de l'opération.

224. Quant aux détenteurs de *rompus* contraints de vendre leurs titres flottants, puisqu'on assimile leur situation à celle des actionnaires d'une société qui se liquide, ils devraient normalement pouvoir les céder à leur valeur liquidative, c'est-à-dire recevoir l'équivalent de leur part de liquidation en cas de dissolution pure et simple de la société. Cette solution n'est pas toujours souhaitable. En effet, l'entreprise sociale se poursuit après l'opération de fusion ou de scission, et la valeur de liquidation n'est, comme nous le verrons, que l'un des éléments pris en compte pour déterminer la valeur réelle des actions. Il apparaîtrait inéquitable, lorsque

¹⁵ Bürgi, art. 748 CO, n. 94.

¹⁶ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 41.

la valeur réelle est supérieure à la valeur de liquidation, que les actionnaires contraints d'aliéner des titres ne soient pas désintéressés sur la base de cette valeur réelle tout comme ceux qui ont pu échanger leurs actions. Si, en revanche, la valeur liquidative dépasse la valeur réelle, les aliénateurs de titre flottants ont-ils vraiment un droit à toucher la première ? Nous tendrions à répondre par la négative, car ce serait les favoriser par rapport aux autres actionnaires dont les droits ont été calculés à leur valeur réelle et désavantager les acheteurs de titres isolés. De toute manière, le prix de négociation de ces titres dépendra le plus souvent de la loi de l'offre et de la demande, notamment si les titres sont cotés en bourse. Mais, sans nous prononcer pour l'instant sur la sanction de cette obligation, nous pensons que les promoteurs de l'opération ont le devoir de se préoccuper des droits des détenteurs de *rompus*, et d'éviter que la vente de leurs titres n'aboutisse pour eux à une spoliation.

225. En cas de scission, les actionnaires de la société qui se scinde reçoivent, en échange de leurs titres, des actions des diverses sociétés bénéficiaires des apports. Il est exceptionnel que les actions de ces sociétés reprenantes aient toutes la même valeur réelle, mais à supposer même qu'il en soit ainsi, il existe entre ces diverses sociétés des inégalités de risques et de chances ; à terme, il va sans dire qu'elles ne connaîtront pas une évolution rigoureusement parallèle, et il est fort possible que le cours des actions de l'une d'entre elles augmente considérablement alors que les titres de l'autre resteront stationnaires ou subiront une moins-value. Aussi le principe de l'égalité de traitement impose-t-il que tout actionnaire de la société scindée puisse recevoir, en échange de ses titres, une quote-part des actions de chacune des sociétés reprenantes proportionnelle à sa participation dans la société démembrée¹⁷.

Une exception à ce principe se justifie en cas de scission *ratione personae*, dont le but est précisément de séparer deux ou plusieurs groupes d'actionnaires dont l'opposition interdit la coexistence au sein d'une même société¹⁸. Même dans cette hypothèse, nous pensons toutefois que les actionnaires opposants ne peuvent se voir imposer une indemnisation en titres d'une seule société mais qu'ils ont les mêmes droits que dans toute autre scission. La mise en œuvre de cette règle soulève, il est vrai, des difficultés pratiques qui peuvent paraître insurmontables, du fait que

¹⁷ Retail, Fusions, p. 4. Cela ne signifie pas toujours que chaque actionnaire recevra effectivement des titres de toutes les sociétés, s'il ne détient pas un nombre suffisant d'actions pour avoir droit à un nombre entier de titres de chacune d'elles ; on retrouve ici le problème des *rompus* à l'occasion de chacun des apports aux sociétés reprenantes.

¹⁸ Cf. *supra*, n. 4, 53.

les modalités d'échange et de répartition des actions doivent être prévues par le projet de fusion sur lequel l'assemblée générale va se prononcer, et qu'on ne peut d'ordinaire savoir à l'avance combien d'actionnaires vont s'opposer à la répartition proposée. La seule solution praticable nous paraît résider dans un plan de répartition prévoyant l'attribution aux actionnaires de chacun des groupes antagonistes — dont la cohésion doit, par hypothèse, être sans faille — d'actions de l'une des sociétés, tous les « outsiders » recevant une quote-part des actions de chacune des sociétés reprenantes proportionnelle à leur part dans la société démembrée. En l'absence d'abus de majorité, aucun des « outsiders » ne peut, à notre avis, se plaindre d'une telle répartition. Certains auteurs¹⁹ exigent l'accord de l'unanimité des actionnaires de la société démembrée chaque fois que tous ne touchent pas proportionnellement des actions de toutes les sociétés bénéficiaires, mais c'est donner à chacun des « outsiders » la possibilité de s'opposer, au détriment de tous, à une ségrégation nécessaire entre les groupes antagonistes, ou de monnayer son accord par un véritable chantage.

*B. Effets sur les droits pécuniaires des actionnaires
de la société reprenante.*

226. Lorsqu'une fusion ou une scission se réalise exclusivement ou partiellement au profit de sociétés préexistantes, elle n'est pas sans conséquences sur les droits des actionnaires de ces sociétés.

L'apport à titre de fusion ou de scission entraîne normalement, pour la société qui le reçoit, une augmentation de capital. Les actionnaires de la société reprenante vont avoir des droits sur un patrimoine élargi mais subir la concurrence des anciens actionnaires de la société apporteuse. Le maintien de la valeur réelle de leur participation nécessite donc la proportion entre capital social et réserves qui existait avant l'opération soit maintenue après celle-ci. Seule une partie de l'apport de la société reprise servira donc à libérer la valeur nominale des actions nouvelles, le reste constituant une *prime de fusion ou de scission*²⁰ qui n'est pas différente de l'agio habituel en cas d'augmentation de capital.

227. Sur le plan du dividende, il faut remarquer que la fusion ou la scission n'a pas en principe, pour les actionnaires de la société repre-

¹⁹ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 26.

²⁰ Sur cette prime de fusion, voir notamment Retail, *op. cit.*, p. 26 ss. ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 29, 37, 61 ss., fasc. 164-C, n. 19 ss., 22, 34, 58, 119, fasc. 164-F, n. 20.

nante, les effets négatifs à court terme que peut avoir une augmentation de capital libérée en numéraire. Dans ce dernier cas, l'augmentation aboutit à donner à un plus grand nombre d'actionnaires des droits sur un bénéfice qui n'est pas augmenté par l'apport de nouveau capital. En revanche, l'apport effectué en cas de fusion ou de scission consiste normalement en une exploitation productive de bénéfices.

228. En revanche, l'opération entraîne nécessairement, pour les actionnaires de la société reprenante, une renonciation à leur droit préférentiel de souscription. Ils perdent ainsi une part de leur influence dans la société au profit des anciens actionnaires de la société apporteuse.

229. Que ce soit en cas de fusion ou de scission, la reprise du patrimoine apporté peut parfois se faire sans augmentation de capital. Il en est ainsi lorsque la société reprenante possède de ses propres actions en nombre suffisant pour les attribuer aux actionnaires de la société reprise, lorsque la société reprenante possède toutes les actions de la société reprise car la société mère qui absorbe sa filiale ne peut, à la suite de cette absorption, recevoir ses propres actions, ou encore lorsque les deux sociétés ont les mêmes actionnaires ²¹.

En l'absence d'augmentation de capital, la reprise de patrimoine ne modifie pas la proportion du capital social que détient chaque actionnaire de la société reprenante. Elle augmente en principe la valeur réelle de ses actions, en particulier lorsque la société reprenante remet aux actionnaires de la société reprise ses propres titres qu'elle détenait en portefeuille et qui figuraient dans ses comptes à une valeur inférieure à celle qui sert de base au calcul du taux d'échange, ce qui est normalement le cas. En revanche, tous les risques de l'exploitation reprise passent à la société reprenante ; en particulier, la société mère qui absorbe une filiale perd le bénéfice de la responsabilité limitée qu'elle encourait jusque-là en tant qu'actionnaire de la société absorbée.

230. L'examen des effets d'une fusion ou d'une scission sur les droits des actionnaires des sociétés participantes conduit à une observation importante : il existe une profonde similitude dans la situation des actionnaires des diverses sociétés préexistantes impliquées dans l'opération, au moins dans la mesure où celle-ci se réalise avec augmentation de capital de la société ou des sociétés reprenantes. Certes, les associés des

²¹ Voir, en particulier, Küry, p. 93 ss. ; Suter, p. 67 ss.

²² Il n'en est autrement qu'en cas de scission proprement dite, lorsque la société scindée fait apport de son patrimoine à des sociétés nouvelles constituées exclusivement par ses apports.

sociétés reprises voient leurs actions échangées contre celles d'une ou plusieurs autres sociétés alors que ceux des sociétés reprenantes conservent leurs titres. Mais, si l'on fait abstraction du problème des *rompus*, qui ne touche que les actionnaires des sociétés reprises, les effets de l'opération sont fondamentalement les mêmes pour tous. Les droits de chaque actionnaire s'exercent, dès sa réalisation, sur un patrimoine composé de celui de la société dont il détient ou détenait les titres jusque-là, augmenté de celui d'une autre société, mais ces droits entrent en concurrence avec ceux des actionnaires de cette autre société.

Le bouleversement plus ou moins important que l'opération provoque dans la situation des actionnaires d'une société dépend ainsi, si nous prenons pour simplifier l'exemple d'une fusion entre deux sociétés, de l'importance respective des deux patrimoines en présence. Si l'actif net de l'une des sociétés vaut dix fois plus que celui de l'autre, les effets d'une fusion seront considérables pour l'actionnaire de la moins importante, qui va perdre l'influence qu'il pouvait avoir jusque-là au sein de l'assemblée générale et dont la valeur de la participation va désormais dépendre essentiellement des chances et des risques attachés à l'exploitation qui était jusqu'ici celle de la plus grande société. En revanche, la position de l'actionnaire de cette dernière ne se trouve que peu affectée car la fusion ne diminuera pas sensiblement l'équilibre des voix au sein de l'assemblée, pas plus que celui de l'exploitation sociale.

Peu importe, à cet égard, que la grande société absorbe la petite, que la petite absorbe la grande ou que toutes deux se combinent en une nouvelle. Si donc on songe plus souvent à la protection des actionnaires des sociétés reprises qu'à celle des actionnaires des sociétés reprenantes, c'est parce que l'expérience montre que ce sont d'ordinaire les grandes sociétés qui reprennent les petites, encore que cela soit plus exact pour les fusions que pour les scissions.

Pour bien mettre en lumière le problème du maintien des droits des actionnaires dans les fusions et scissions de sociétés, il faut maintenant entrer plus avant dans l'étude des mécanismes de ces opérations en donnant un aperçu de leurs bases financières.

Section II : LES BASES FINANCIÈRES DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION.

231. La fusion comme la scission supposent l'échange des actions des sociétés reprises contre celles des sociétés reprenantes. Le problème fondamental est donc la détermination du rapport d'échange des titres. Dans

certaines hypothèses, se pose également un problème de parités internes, c'est-à-dire de répartition des actions entre les diverses catégories d'actionnaires de la société apporteuse.

§ 1^{er}. *Le rapport d'échange des actions.*

232. Trois questions méritent d'être abordées sous cette rubrique. Il s'agit tout d'abord de déterminer les principes généraux gouvernant le calcul du rapport d'échange. Il faut également prendre en considération les participations entre sociétés parties à l'opération. Enfin, les difficultés pratiques de détermination de la parité d'échange peuvent nécessiter certains ajustements financiers préalables à la réalisation de l'opération, qui devront également retenir notre attention.

A. *Le calcul du rapport d'échange.*

233. Calculer le rapport d'échange des titres de la société reprise contre ceux de la société reprenante, c'est déterminer la rémunération de l'apport effectué par la première à la seconde. Du même coup, et sous réserve de la question des parités internes que nous examinerons sous lettre B, se trouve fixée la *parité externe* des actions, en d'autres termes le nombre de titres de la société reprise nécessaire pour obtenir un certain nombre d'actions de la société reprenante. Par conséquent, ce calcul met en cause deux valeurs, celle de l'apport d'une part, celle des actions remises en échange d'autre part. Laissant aux experts financiers la détermination précise des méthodes d'évaluation²³, nous nous bornerons à un certain nombre de remarques générales.

234. Le cas le plus simple est celui de la scission par apports à des sociétés nouvelles. Il suffit alors de procéder à l'évaluation de l'actif net apporté à chacune de ces sociétés, car c'est de la valeur de cet apport que dépend le montant de son capital et, par conséquent, le nombre des actions qui seront réparties entre les actionnaires de la société scindée au prorata de leur participation²⁴. Le capital social de chaque société nouvelle peut être ou bien égal au montant de l'apport reçu, ou bien inférieur, auquel cas la différence entre le montant du capital et celui de l'apport constitue une prime de scission. Le montant du capital social peut être

²³ Voir en particulier les ouvrages d'Angénieux et de Retail ; *adde* Carrard, *Revue économique et sociale*, n° 4, 1970 ; Pinoteau, *Gaz. Pal.* 1959.I.Doctr. 70, Voir aussi *Bull. mens. de la C.O.B.*, décembre 1972.

²⁴ Retail, *op. cit.*, p. 34.

déterminé très librement, en tenant compte notamment du nombre d'actions qu'il serait souhaitable de pouvoir distribuer aux actionnaires de la société scindée.

235. En cas de fusion par combinaison ou de fusion-scission par combinaison, la souplesse est presque la même dans la détermination du capital social de la société nouvelle, mais on se trouve en présence de deux sociétés et les droits des actionnaires de chacune d'elles devront être maintenus. Les apports des deux sociétés participant à la constitution d'une société reprenante doivent évidemment être évalués selon les mêmes méthodes afin que les actionnaires de l'une ne soient pas avantagés au détriment de ceux de l'autre²⁵.

236. Lorsqu'un apport est fait à une société préexistante, l'action de cette société possède déjà une certaine valeur réelle qui devra être maintenue, dans la mesure du possible, après la fusion. Le montant de l'augmentation de capital nécessaire est donc déterminé par la valeur de cette action et par celle de l'apport de la société reprise.

Il s'agit d'évaluer les deux entreprises en présence, et cette évaluation doit être faite selon les mêmes méthodes pour les deux sociétés, sous peine d'avantager les actionnaires de l'une aux dépens de ceux de l'autre²⁶.

Signalons que certains auteurs ont proposé de calculer directement la parité d'échange des actions sur la base de leur valeur respective et non de celle des entreprises, en tenant compte à la fois de la valeur liquidative, de la valeur de rendement de l'action et de son cours boursier²⁷.

237. En cas de scission, il y a autant de rapports d'échange différents que de sociétés reprenantes, puisque l'on doit déterminer indépendamment la valeur de la rémunération de chacun des apports²⁸.

238. Quelles que soient les formules adoptées, il faut cependant remarquer que « la rémunération des apports n'est pas nécessairement la résul-

²⁵ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 14. La prime de fusion doit être calculée « proportionnellement à l'actif net de chaque société fusionnante », *ibid.* n. 2.

²⁶ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 25. Paris, 17 janv. 1972, J.C.P. 1972.II.17283, note Burst.

²⁷ Retail, *op. cit.*, p. 41 ss. La formule de Retail a été très discutée, mais elle a reçu la consécration de la jurisprudence ; voir notamment Paris 17 janvier 1972, J.C.P. 1972.II.17283, note Burst ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 421, note Houin. Comp. Paris, 7 nov. 1972, J.C.P. 1973.II.17448, note Guyon.

²⁸ Retail, *op. cit.*, p. 105 ss. ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 57.

tante mathématique des valeurs d'apport »²⁹. Comme on l'a souligné, « le travail des experts en vue de déterminer les évaluations n'est que préparatoire », et c'est ensuite que s'ouvre entre les organes de gestion des sociétés intéressées « une négociation ardue... au cours de laquelle les interlocuteurs ont valoir non seulement leurs estimations, mais également tous autres facteurs »³⁰. La détermination de la parité d'échange laisse place à de nombreux éléments d'appréciation, « l'objectif étant de trouver celle que les associés retiendraient naturellement, s'ils décidaient d'échanger leurs titres en dehors de tout projet de fusion »³¹.

Il n'est pas sans intérêt de noter que si les représentants de la société reprenante s'efforcent de limiter le nombre d'actions à attribuer aux anciens actionnaires de la société reprise et d'imposer une prime de fusion plus élevée que celle résultant des conclusions mathématiques, leur but principal ne sera pas toujours l'augmentation de la valeur réelle des titres anciens qu'ils détiennent ; fréquemment, ils chercheront à minimiser le coût de la fusion en perte de contrôle par les anciens actionnaires de l'absorbante. Des raisons d'ordre commercial peuvent également conduire à éviter que la société n'ait, après l'opération, un capital trop important à rémunérer³².

La question de la rémunération des apports ne se confond donc pas obligatoirement avec celle de leur évaluation en vue de la constitution ou de l'augmentation du capital de la société reprenante. L'évaluation des apports met en cause la libération du capital social, donc la protection des tiers, il n'y a plus de place pour l'arbitraire des parties et les concessions réciproques. Aussi les commissaires aux apports chargés, en droit français, de vérifier « que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante ou au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion »³³, pourront-ils adopter des méthodes d'évaluation différentes de celles qui ont été retenues pour la détermination des rapports d'échange³⁴.

²⁹ Chuilon, J.C.P. 1970.I.2350, n. 14.

³⁰ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 34.

³¹ Chuilon, *op. cit.*, n. 16.

³² Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 37.

³³ Art. 260 DSC. Sur le rôle de ces commissaires aux apports en cas de fusion ou de scission, voir *infra*, n. 326 ss.

³⁴ Cf. Chuilon, *op. cit.*

B. *L'incidence des participations entre sociétés intéressées à l'opération.*

239. La société reprise ou la société reprenante peut détenir en portefeuille soit des actions de l'autre société, soit de ses propres actions.

1. *La société reprenante possède des actions de la société reprise.*

240. C'est là sans nul doute l'hypothèse la plus fréquente car la prise de participation d'une société dans une autre est souvent la première étape d'une concentration économique dont l'aboutissement est l'absorption. Le mécanisme normal de la fusion supposerait qu'en tant qu'actionnaire de l'absorbée, la société absorbante reçoive de ses propres actions en rémunération de l'apport-fusion. Or, on sait qu'une société ne peut acquérir ses propres actions si ce n'est dans les cas exceptionnels prévus, en droit suisse, par l'article 659 CO et, en droit français, par les articles 217-1 et 217-2 LSC. Il s'agira donc de trouver un système propre à éviter cette conséquence.

Faudra-t-il que la société absorbante, recevant ses propres actions, les annule aussitôt et que la fusion se traduise donc, en définitive, « par une double modification du capital : augmentation, puis — dans une mesure moindre — réduction »³⁵ ? Certaines sociétés françaises ont en effet procédé ainsi³⁶, mais la pratique recourt d'ordinaire à la « fusion-renonciation », par laquelle la société absorbante renonce à ses droits dans la liquidation de la société absorbée. L'augmentation de capital ne porte alors que sur les actions destinées aux actionnaires de l'absorbée autres que la société absorbante³⁷. En droit suisse, les auteurs admettent de même que les actions de la société reprise détenues par l'absorbante doivent être annulées et ne peuvent être échangées contre des titres de la société reprenante³⁸. L'absorption d'une filiale à cent pour cent se réalise ainsi sans augmentation de capital de la société mère.

En France, un autre procédé, plus rarement employé pour des raisons fiscales, est celui de l'« allotissement », par lequel une fraction de l'actif de la société absorbée proportionnelle à la participation de la société absorbante est attribuée à cette dernière, le surplus de l'actif étant alors

³⁵ Baudou-Bellargent, fasc. 164-B, n. 58.

³⁶ *Ibid.*, n. 59.

³⁷ *Ibid.*, n. 60 ; sur le *boni de fusion* d'ordinaire dégagé par cette opération, voir *ibid.*, n. 61 ss.

³⁸ Suter, p. 77-78, 79.

apporté à cette même société, qui augmente son capital social du montant nécessaire pour le rémunérer. Il s'agit en somme d'un partage partiel de l'actif au profit d'un seul actionnaire, la société absorbante³⁹.

241. En cas de fusion-scission, les mêmes procédés de renonciation ou d'allotissement peuvent être utilisés lorsque l'une des sociétés bénéficiaires des apports possède des actions de la société démembrée. Mais une autre solution est parfois possible du fait que les apports de la société qui se scinde sont rémunérés par des actions de deux ou plusieurs sociétés reprenantes : la société bénéficiaire qui détient une participation dans la société scindée peut être remplie de ses droits par l'attribution de titres de l'autre ou des autres sociétés bénéficiaires⁴⁰. Encore faut-il qu'une telle solution soit, dans le cas d'espèce, conciliable avec les dispositions impératives de l'article 358 LSC en matière de participations.

2. *La société reprise possède des actions de la société reprenante.*

242. En cas de fusion par absorption, les actions de la société absorbante détenues par la société absorbée passent, avec tout le patrimoine de cette dernière, à la société émettrice. En droit suisse, cela est licite, puisque l'article 659 alinéa 2 chiffre 3 CO déroge à l'interdiction de l'acquisition par une société de ses propres actions « lorsque l'acquisition a lieu par suite de la reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif ». Conformément à l'alinéa 3 du même article, ces actions doivent cependant être « aliénées aussi rapidement que les circonstances le permettront ». Sans doute faut-il en conclure que la société absorbante a l'obligation d'utiliser immédiatement ces titres pour désintéresser les actionnaires de la société absorbée⁴¹, du moins dans la mesure où ils confèrent les mêmes droits que ceux qui sont émis à l'occasion de la fusion. L'augmentation de capital nécessaire de la part de la société absorbante s'en trouve réduite d'autant.

243. C'est à un résultat analogue que l'on peut parvenir, en droit français, lorsque l'on procède préalablement ou simultanément à la fusion à

³⁹ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 66.

⁴⁰ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 32. Ces auteurs exigent toutefois, dans ce cas, que cette répartition soit votée à l'unanimité par les actionnaires de la société scindée. Cette solution paraît s'imposer, car un tel mode de répartition rend impossible l'attribution à tous les actionnaires de la société scindée (autres que la société bénéficiaire considérée) d'une quote-part des actions de chacune des sociétés reprenantes proportionnelle à leur participation dans la société démembrée. Comp. *supra* n. 225.

⁴¹ Frehner, p. 35 ; Küry, p. 94, 97 ; Lehmann, p. 37 ; Suter, p. 80.

la distribution aux actionnaires de la société absorbée de ces titres en portefeuille, la fusion ne portant alors que sur le surplus de l'actif ⁴². En revanche, si l'on effectue un apport-fusion global comprenant les actions de la société absorbante, celle-ci devra, selon les auteurs français, procéder, corrélativement à l'augmentation de capital résultant de la fusion, à une réduction égale au montant de la valeur nominale de ces actions, qui seront annulées ⁴³.

Il reste évidemment toujours, pour éluder le problème, la possibilité pour la société absorbée d'aliéner les titres de la société absorbante avant la fusion ⁴⁴.

244. En cas de scission, la situation est la même lorsque les actions d'une société reprenante détenues par la société démembrée font partie de l'apport fait à la société émettrice. Mais il est normalement possible de faire figurer ces actions dans le patrimoine apporté aux autres sociétés reprenantes ⁴⁵.

3. *La société reprenante possède de ses propres actions.*

245. En Suisse, il est assez fréquent qu'une société détienne de ses propres actions en application — et plus souvent en violation — de l'article 659 alinéa 2 chiffres 2 à 4 CO. De même, une société française peut acquérir ses propres actions dans les conditions des articles 217-1 et 217-2 LSC, à concurrence de dix pour cent des actions d'une catégorie déterminée.

En droit suisse, les actions détenues en portefeuille par la société émettrice doivent être, conformément à l'article 659 alinéa 3 CO, « aliénées aussi rapidement que les circonstances le permettront ». La société reprenante peut les utiliser ⁴⁶ — sans doute même doit-elle le faire ⁴⁷ — pour les remettre aux actionnaires de la société reprise, ce qui diminuera d'autant le montant de l'augmentation de capital nécessaire.

En droit français, « la société peut vendre en bourse tout ou partie des actions acquises en application de l'article 217-2, à condition que le cours de bourse soit au moins égal au cours moyen d'achat de ces actions » (art. 217-3 al. 2 LSC). Il semble donc que ces titres ne puissent

⁴² Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 68.

⁴³ *Ibid.*, n. 69.

⁴⁴ *Ibid.*, n. 68.

⁴⁵ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 29.

⁴⁶ Frehner, p. 30 ; Küry, p. 93, 97 ; Amrein, SAG 35, p. 353-354 ; Suter, p. 80.

⁴⁷ Küry, p. 97.

être attribués aux anciens actionnaires de la société reprise⁴⁸. Si l'on admet qu'ils peuvent l'être, la valeur des actions de la société reprenante prise en compte pour le calcul du taux d'échange doit en tout cas être au moins égale au cours moyen d'achat des actions propres en portefeuille.

4. *La société reprise possède de ses propres actions.*

246. Aussi bien en cas de fusion qu'en cas de scission, ces actions passent à la société reprenante avec le patrimoine repris, et celle-ci devrait donc, en tant qu'actionnaire de la société apporteuse, recevoir une part des actions d'apport, donc acquérir ses propres actions.

247. En droit suisse, certains auteurs admettent l'application de l'article 659 alinéa 2 chiffre 3 CO : en recevant, comprises dans le patrimoine repris, des actions de la société apporteuse, la société reprenante reçoit en fait ses propres actions puisque les titres qu'elle acquiert donnent droit à des actions d'apport⁴⁹. On se trouverait alors ramenés à l'hypothèse envisagée sous chiffre 2. La société reprenante pourrait émettre les actions à échanger contre celles qu'elle a reçues de la société reprise, mais devrait les utiliser immédiatement à désintéresser les autres actionnaires de cette société. L'augmentation de capital nécessaire se trouverait ainsi réduite du montant correspondant aux actions échangées contre les titres détenus en portefeuille par la société apporteuse.

Il est plus simple et moins artificiel d'admettre que la société reprenante doit renoncer à s'attribuer à elle-même des actions d'apport en contrepartie des actions de la société reprise comprise dans le patrimoine de cette dernière⁵⁰. Ces actions sont simplement annulées du fait de la fusion et de la disparition de la société émettrice et ne sont évidemment pas prises en compte dans l'apport de patrimoine. C'est un cas particulier du procédé de « fusion-renonciation », ainsi dénommé par la doctrine française en cas de possession par la société absorbante d'actions de la société absorbée⁵¹.

247.1 En droit français, les dispositions des articles 217-1 et suivants LSC ont conduit les auteurs⁵² à établir une distinction selon que les actions de la société absorbante sont ou non cotées en bourse.

⁴⁸ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-A, n. 28.

⁴⁹ Frehner, p. 32. *Contra* : Suter, p. 78.

⁵⁰ Suter, p. 78, 80.

⁵¹ Voir *supra*, n. 240.

Si les actions de la société absorbante sont inscrites à la cote officielle des bourses de valeurs, cette société a le droit d'acquérir et de détenir de ses propres actions en application des articles 217-1 et 217-2 LSC, ce qui va lui permettre, sous certaines conditions, d'émettre et de conserver les actions d'apport correspondant aux titres de la société reprise compris dans l'apport-fusion.

Il peut arriver, tout d'abord, que la société reprise ait acquis de ses propres actions en application de l'article 217-1 LSC, pour les offrir à son personnel. L'absorbante reprendra d'ordinaire des obligations analogues, elle pourra donc échanger les actions de l'absorbée comprises dans l'apport contre ses propres actions et conserver à celles-ci la même destination que celle des titres échangés. Pour MM. Baudeu et Bellargent⁵³, le fait qu'il ne s'agisse pas alors, pour la société reprenante, d'une acquisition de ses titres en bourse n'est pas un obstacle malgré la lettre de l'article 217-1 alinéa 1 LSC, car ces actions se substituent à des titres acquis en bourse compris dans le patrimoine dévolu à l'absorbante. Le cours d'achat des titres qui, en vertu de l'article 217-1 dernier alinéa, doit figurer dans le rapport de l'administration, sera calculé sur la base du cours d'achat des actions de l'absorbée, corrigé par la parité d'échange des titres lors de la fusion.

Encore faut-il, bien entendu, que la société absorbante remplisse les conditions de l'article 217-1 LSC en ce qui concerne le plafonnement des actions ainsi détenues à dix pour cent des titres de la catégorie considérée, le montant des réserves autres que la réserve légale, la forme nominative des titres, la tenue d'un registre. Si ces conditions ne peuvent être remplies, ou si l'on refuse d'admettre que la société reprenante puisse émettre et conserver ses propres actions en lieu et place de celles de l'absorbée, la situation est la même que si les actions de l'absorbante n'étaient pas cotées.

La société reprise peut également avoir acquis ses propres titres en bourse en application de l'article 217-2 LSC⁵⁴. D'après MM. Baudeu et Bellargent, l'exigence de l'article 217-2 alinéa 1 chiffre 2, selon lequel le cours de l'action au moment de l'achat doit être inférieur de dix pour cent au moins à l'actif net par action, ne s'applique pas puisqu'il n'y a pas d'achat, et ne fait pas obstacle à l'acquisition par la société absorbante de ses propres actions en échange de celles de l'absorbée comprises dans l'apport. Le problème vient plutôt du chiffre 1, selon lequel l'assemblée générale ordinaire des actionnaires doit avoir expressément autorisé la

⁵² Baudeu-Bellargent, fasc. 164-E, n. 29 ss.

⁵³ *Ibid.*, n. 29.

⁵⁴ *Ibid.*, n. 30.

société à opérer en bourse sur ses propres actions. Si cette autorisation avait été donnée auparavant à la société reprenante, il faut sans doute admettre qu'elle peut substituer ses propres actions à celles de la société reprise. A défaut, l'absorbante devra obtenir, avant la fusion, une autorisation de son assemblée générale ordinaire, qui peut d'ailleurs être limitée à l'acquisition des actions d'apport par suite de la fusion et à leur aliénation subséquente dans les termes de l'article 217-3 alinéa 2 LSC. Pour l'application de cette dernière disposition, le cours moyen d'achat des titres sera calculé sur la base de celui des actions de la société absorbée corrigé par la parité d'échange.

A défaut d'autorisation de l'assemblée générale ou si la société absorbante ne remplit pas les autres conditions des articles 217-2 et 217-3 LSC, on se trouve dans la même situation que si les actions de l'absorbante ne sont pas cotées en bourse.

247-2. Si les actions de la société reprenante ne sont pas cotées, cette société ne peut les acquérir et les détenir dans les conditions des articles 217-1 et suivants LSC. Faut-il donc, comme en droit suisse, assimiler le cas où la société reprise possède de ses propres actions à celui où ces actions sont, dès avant la fusion, propriété de la société reprenante ? On aurait alors recours à la fusion-renonciation et les actions de l'absorbée comprises dans son apport seraient annulées, l'absorbante renonçant aux actions d'apport auxquelles lui donnerait droit sa situation d'actionnaire de la société reprise et l'augmentation de capital nécessaire se trouvant réduite d'autant.

Ce n'est pas ainsi que l'entendent MM. Baudeau et Bellargent⁵⁵. Jugeant sans doute incompatible avec les articles 217-1 et 217-2 l'annulation des actions de la société reprise acquises par elle dans les conditions prévues par ces articles, ces auteurs estiment que la société reprenante doit recevoir ses actions d'apport mais que, se trouvant alors détenir ses propres titres en violation de l'article 217 LSC, elle doit procéder ensuite à une réduction de capital destinée à les annuler. Or une telle réduction constitue, comme ils le remarquent, une opération complexe, voire impossible à réaliser puisque l'article 181 DSC exige qu'en cas de réduction de capital par rachat et annulation d'actions, l'offre d'achat soit faite à tous les actionnaires ; ce qui les conduit à la conclusion qu'il est indispensable que l'absorbée ne possède pas d'actions propres lors de la fusion.

Nous ne partageons pas pleinement ces vues. Si une société acquiert ses propres actions en violation de l'article 217 LSC, la sanction n'est

⁵⁵ *Ibid.*, n. 31.

pas l'obligation de réduire le capital social en annulant les titres, mais la nullité de l'acte d'acquisition⁵⁶. C'est donc l'augmentation de capital et sans doute la fusion elle-même qui seraient frappées de nullité si l'absorbante s'attribuait ses propres actions non cotées. Au demeurant, nous ne voyons aucune raison d'écarter le recours à la fusion-renonciation dans notre hypothèse alors qu'on l'admet dans le cas où la société reprenante possédait des actions de la société absorbée avant la fusion au lieu de les recevoir par l'effet de cette opération ; du moins si la société reprise avait acquis ses propres titres dans le cadre de l'article 217-2 LSC.

La question est plus douteuse si c'est en application de l'article 217-1 que ces actions avaient été achetées. En effet, les actions acquises afin de faire participer le personnel à l'entreprise ne paraissent pas pouvoir être annulées. Il ne semble pas non plus, d'autre part, que la société absorbée puisse, avant la fusion, les aliéner de façon incompatible avec l'objet de leur acquisition⁵⁷. Nous estimons en tout cas que cette société doit attribuer à ses salariés, avant la fusion, les titres auxquels ils ont droit en vertu de la loi et des accords passés avec le personnel, au prorata de la fraction de l'exercice social écoulée au moment de la réalisation de l'opération.

5. Les sociétés reprise et reprenante possèdent chacune des actions de l'autre.

248. En cas de participations réciproques, les principes exposés sous chiffre 1 et 2 doivent être combinés afin d'aboutir à l'élimination de ces participations. Mais il faut d'abord souligner que les participations réciproques rendent fictive une partie de l'actif de chacune des sociétés⁵⁸ ; on doit donc tenir compte de cet élément dans la détermination de l'actif net de chacune des sociétés en vue du calcul de la parité d'échange.

Dans l'apport-fusion, la société reprenante va trouver un certain nombre de ses propres actions. Comme nous l'avons vu, elle devra, en droit suisse, les distribuer aux autres actionnaires de la société absorbée et, en droit français, les annuler en procédant, en même temps qu'à l'augmentation de capital résultant de la fusion, à une réduction de capital égale à la valeur nominale des actions reçues.

En ce qui concerne les actions de la société reprise détenues par la société reprenante, on aura, là encore, recours à la renonciation ou à

⁵⁶ Poulmais, Rev. trim. dr. com. 1969, p. 30.

⁵⁷ Baudou-Bellargent ; fasc. 164-E, n. 29.

⁵⁸ Voir Dallèves, Participations, p. 9.

l'allotissement pour éviter que l'absorbante n'ait à s'attribuer ses propres actions.

249. La question des participations réciproques doit avoir, dans la pratique, moins d'importance en France, où l'article 358 LSC les interdit dès lors qu'une société détient plus de dix pour cent du capital de l'autre, qu'en Suisse où une telle limitation n'existe pas.

*C. Les ajustements préalables ou concomitants
à la fusion ou à la scission.*

250. Il est fréquent qu'une fusion ou une scission doive être préparée par certains ajustements à l'intérieur de l'une ou l'autre des sociétés participantes. Tel est notamment l'objet des protocoles, parfois secrets, conclus entre les administrateurs des sociétés intéressées⁵⁹.

Laissant de côté les aménagements de nature purement commerciale et les questions de personnes⁶⁰, on constate que ces ajustements ont fréquemment pour but l'établissement d'un certain équilibre entre les actionnaires des deux sociétés après l'opération, ou l'instauration d'une parité déterminée entre leurs actions en vue d'en faciliter l'échange. A ce titre, ils intéressent directement les actionnaires et méritent d'être mentionnés.

251. Au niveau du bilan, certaines modifications peuvent intervenir en vue de rendre comparables les situations des deux sociétés, en uniformisant les modes d'évaluation, ce qui peut comporter la réévaluation de certains postes, en harmonisant l'importance des réserves latentes de chacune des sociétés, etc.

Afin de faciliter le calcul de la parité d'échange, il est parfois prévu que la société reprenante prendra préalablement une certaine participation dans la société reprise, ou encore qu'un actionnaire de cette dernière renoncera à exercer son droit d'échange sur quelques actions pour permettre l'adoption d'une parité simple⁶¹.

⁵⁹ Sur ces protocoles, voir l'ouvrage de Baudeu.

⁶⁰ Composition des organes sociaux, plans de carrière du personnel, ajustement du système d'intéressement des travailleurs, etc.

⁶¹ Baudeu, p. 65.

252. Dans certains cas, l'une des sociétés doit procéder, avant l'opération ou simultanément, à une modification, notamment à une augmentation de son capital, soit contre du numéraire, soit par incorporation des réserves. C'est ainsi que la société J.R. Geigy S.A. a augmenté son capital social de plus de cinquante pour cent en vue de son absorption par CIBA S.A.⁶².

Cette même opération nous donne encore l'exemple d'une division des actions CIBA en titres de valeur nominale inférieure⁶³.

253. Particulièrement dangereux pour les actionnaires sont les ajustements préalables à la fusion qui ne consistent pas dans des opérations juridiques déterminées telles qu'augmentation ou réduction de capital, mais dans des agissements des promoteurs de la fusion échappant complètement au contrôle des bailleurs de fonds et des minoritaires. C'est ainsi que la société reprenante peut acquérir d'avance le contrôle de la société qu'elle entend absorber et la vider, en quelque sorte, de sa substance par une gestion exercée dans le seul intérêt de la société mère⁶⁴. Au moment où se réalisera formellement la fusion, les actionnaires de la filiale n'auront plus entre leurs mains que les titres dévalorisés d'une société décadente et le rapport d'échange, même s'il reflète fidèlement l'état des deux sociétés au moment de l'opération, consacrera en réalité la spoliation des actionnaires autres que la société absorbante.

254. Nous nous sommes bornés ici à quelques exemples significatifs. Ce que l'on peut en retenir, c'est que le choix d'une formule objective pour la détermination du rapport d'échange des titres n'est pas tout. Les ajustements préalables à l'opération peuvent n'avoir pour but que de faciliter le calcul de la parité, mais ils peuvent aussi être préjudiciables aux actionnaires de l'une des sociétés en déterminant artificiellement une parité qui leur est défavorable. Aussi, pour apprécier si les droits des actionnaires ont bien été sauvegardés, ne devrait-on pas seulement comparer la valeur réelle de leur participation immédiatement avant et immédiatement après l'opération, mais bien prendre en considération les ajustements que ces droits ont pu subir en vue de la fusion ou de la scission.

⁶² Contrat de fusion, chiffre 3.

⁶³ Contrat de fusion, chiffre 2.

⁶⁴ Voir notamment, les faits de l'arrêt *SA Café Biard et Cie des restaurants Jacques Borel c. Bonnyaud et autres*, Paris 15 mars 1968, J.C.P. 1969.II.15814, note Nicole Bernard.

§ 2. *La répartition des actions.*

255. Jusqu'ici, nous avons envisagé le problème de la *parité externe*⁶⁵ des actions, en considérant que toutes les actions de la société reprise incorporaient les mêmes droits. Il n'en est pas toujours ainsi et la société reprise peut comporter plusieurs catégories d'actions, sans parler, le cas échéant, des parts de fondateurs ou des bons de participation, donnant droit à des titres de la société reprenante.

Aussi se pose-t-il souvent un problème de *parité interne*⁶⁶, autrement dit de répartition des actions de la société reprenante entre les divers ayants droit. Tel est le cas, en particulier, lorsqu'il existe dans la société reprise des actions de diverses catégories et que toutes sont à échanger contre des titres de même catégorie de la société reprenante. Les titulaires d'actions privilégiées de la société absorbée renoncent pour l'avenir à leur privilège, mais celui-ci conférerait à leurs titres une valeur supérieure à celle des autres actions. Ainsi, l'action privilégiée sur le plan du dividende a une plus grande valeur de rendement, tandis que la valeur liquidative d'une action conférant un privilège dans la liquidation est supérieure à celle des actions ordinaires. Afin d'assurer aux anciens titulaires d'actions privilégiées le maintien de la valeur réelle de leur participation, on doit, dans la répartition, tenir compte de ces différences.

Après avoir calculé la rémunération globale de l'apport-fusion, il faudra donc déterminer, sur la base de leur valeur réelle et de celle des actions de la société reprenante, une parité différente pour les actions de chaque catégorie⁶⁷.

**

256. Nous avons tenté, dans le présent chapitre, de mettre en évidence la façon dont la fusion ou la scission agissent sur les droits et les intérêts des actionnaires, et de montrer par quels mécanismes financiers ces droits peuvent être sauvegardés.

Pour assurer la mise en œuvre régulière de ces mécanismes et protéger l'actionnaire, il faut encore qu'une procédure offrant des garanties suffisantes soit suivie dans la réalisation de l'opération, et que les irrégularités dont elle est l'occasion puissent être sanctionnées.

C'est à cette protection préalable par la procédure et à cette protection a posteriori de l'actionnaire que nous consacrerons les deuxième et troisième parties de notre étude.

⁶⁵ Retail, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Sur ces calculs, voir *ibid.*, p. 72 ss.

DEUXIÈME PARTIE

LA PROTECTION PRÉALABLE DES ACTIONNAIRES : LA PROCÉDURE DE FUSION ET DE SCISSION

257. La fusion et la scission revêtent un caractère contractuel. Seule la scission réalisée au profit de sociétés nouvelles résulte de la volonté unilatérale de la société qui se divise. L'élaboration du contrat de fusion ou de scission, ou celle du projet unilatéral en cas de scission proprement dite, constitue donc la première étape de la procédure. Nous examinerons, dans un premier chapitre, le contrat de fusion ou de scission.

L'information des actionnaires est, on le sait, l'un des moyens essentiels de protection de leurs droits et de leurs intérêts. Elle revêt une importance toute particulière en cas de fusion ou de scission, en raison des conséquences importantes que la décision sociale prise sur la base de cette information a sur la situation des membres de chacune des sociétés participantes. Aussi étudierons-nous, dans notre second chapitre, comment les actionnaires de chacune des sociétés sont et devraient être informés.

Le chapitre III sera consacré aux conditions des décisions sociales qui doivent intervenir dans chacune des sociétés préexistantes et à la constitution de la société ou des sociétés nouvelles résultant de la fusion ou de la scission.

Il restera encore à examiner comment et à partir de quel moment la fusion ou la scission se trouve réalisées. Ce sera là l'objet du quatrième chapitre.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTRAT DE FUSION OU DE SCISSION

258. Ainsi que nous l'avons dit, la fusion est un contrat¹. C'est sur la base d'un contrat de fusion conclu entre les sociétés fusionnantes ou entre la société absorbée et la société absorbante que les deux sociétés vont se réunir. De même, la fusion-scission suppose une convention passée entre la société qui se divise et les sociétés bénéficiaires des apports ou participant avec la société démembrée à la constitution de sociétés nouvelles².

La scission proprement dite, réalisée exclusivement au profit de sociétés nouvelles créées par les seuls apports de la société démembrée, ne fait pas intervenir d'autre volonté que celle de la société appelée à se scinder. Aucun contrat n'intervient donc, mais seulement un projet unilatéral de scission qui sert de base à la décision de la société qui se divise et dont nous traiterons dans le prochain chapitre à propos de l'information des actionnaires.

C'est donc exclusivement de la convention de fusion ou de scission que nous traiterons ici, en envisageant successivement sa conclusion et son exécution.

Section I : LA CONCLUSION DU CONTRAT.

259. A propos de la conclusion du contrat de fusion ou de scission, le premier point qui doit nous retenir est la question de sa négociation. Nous envisagerons ensuite le contenu, la forme du contrat, enfin le moment de sa perfection.

¹ *Supra*, n. 20 ss.

² *Supra*, n. 44 ss.

§ 1^{er}. *La négociation du contrat.*

260. La fusion et la scission revêtent, pour toutes les sociétés participant à l'opération, une extrême importance car elles modifient fondamentalement, dans la plupart des cas, la structure même des entreprises en cause. Aussi la phase préparatoire de l'opération a-t-elle, en pratique, un intérêt tout particulier qui justifie les larges développements que plusieurs auteurs lui ont consacrés.

Dans un premier stade, la fusion ou la scission est d'ordinaire négociée entre les *contrôlaires* ou les « managers » des sociétés intéressées. Champaud va jusqu'à soutenir qu'« il est difficile de concevoir cette opération hors de l'existence d'un contrôle dans les sociétés fusionnantes »³. L'initiative et la détermination des conditions fondamentales de l'opération échappent ainsi, à l'origine, non seulement à l'assemblée générale, ce que l'on conçoit fort bien, mais aussi, bien souvent, à l'administration des sociétés en cause. De même que le conseil d'administration n'a pas à être préalablement mandaté par l'assemblée générale pour passer un contrat de fusion ou de scission, les promoteurs de l'opération n'ont pas besoin non plus d'une habilitation du conseil d'administration pour en discuter les bases.

261. Les points sur lesquels porte la négociation sont nombreux et divers. Au premier rang des discussions figurent les aspects financiers de l'opération. Il s'agit d'abord de déterminer la valeur de l'apport ou des apports de patrimoine, ce qui nécessite l'établissement d'un *bilan de fusion*⁴ de la société apporteuse ; ce bilan suppose, par rapport au bilan annuel, un certain nombre de corrections et devrait normalement tenir compte des réserves latentes. En cas de scission, il faudra déterminer les masses actives et passives transmises à chacune des sociétés reprenantes⁵.

262. Avant 1966, on insistait beaucoup, en France, sur les clauses relatives au règlement du passif de la société reprise, qui devaient être discutées entre les promoteurs⁶. En matière de fusion, la loi nouvelle comme la loi suisse paraissent exclure la possibilité pour la société absorbée de régler elle-même son passif après la fusion, soit en conser-

³ Champaud, n. 209, p. 177 ; cette opinion nous paraît excessive.

⁴ Suter, p. 132-135 ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 14 ; fasc. 164-F, n. 14 ; Baudeu, p. 47.

⁵ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 24.

⁶ Notamment Baudeu, p. 78 ss

vant dans ce but certains actifs, soit en réalisant une partie des actions d'apport reçues de la société absorbante ou nouvelle⁷ ; de même, en vertu du principe de la succession universelle, la société reprenante est toujours tenue du passif non prévu de la société reprise, ce qui rend sans objet les clauses dites « de forfait » connues de la pratique antérieure et visant à mettre à la charge de la société absorbante le *risque de fusion*⁸. En revanche, rien ne s'opposerait à l'introduction de clauses de garantie de passif⁹, telle celle par laquelle les *contrôleurs* de la société apporteuse s'obligeraient, à l'égard de la société absorbante, à se charger du passif inconnu, étant entendu que cette convention n'aurait pas d'effet à l'égard des créanciers.

En cas de scission, en revanche, il est extrêmement important que la répartition du passif entre les diverses sociétés bénéficiaires soit réglée de façon précise¹⁰. En droit suisse, on pourrait sans autre convenir que la société démembrée règlera elle-même son passif¹¹. En France, cette solution paraît exclue, comme en cas de fusion, par la loi nouvelle¹².

263. Le calcul de la rémunération des apports et donc du rapport d'échange des actions suppose l'établissement, selon les mêmes méthodes que pour le bilan de la société reprise, d'un bilan ou d'une situation comptable de la société reprenante servant de base au calcul de la valeur réelle des actions¹³. Quelle que soit la formule adoptée pour le calcul de la parité d'échange, il faut souligner que sa détermination laisse, au-delà de la stricte évaluation des apports, une large place à la négociation¹⁴. Chaque partie peut « non seulement interpréter à son avantage les différentes évaluations qui ont déjà été accomplies, mais encore évoquer d'autres arguments d'opportunité qui peuvent militer en faveur d'une parité plutôt que d'une autre »¹⁵, qu'il s'agisse de facteurs fiscaux, juridiques ou comptables. Le sort des titulaires d'actions privilégiées doit également être envisagé.

264. Le choix des dates à prendre en considération pour l'évaluation des apports et le calcul de la parité est lui-même objet de négociation

⁷ Art. 265 al. 1 DSC et *supra*, note 35 sous n. 28.

⁸ Baudou, p. 79.

⁹ *Ibid.* ; Baudou-Bellargent, fasc. 164-B, n. 89.

¹⁰ *Supra*, n. 49.

¹¹ *Supra*, n. 61.

¹² *Supra*, note 82 sous n. 48.

¹³ *Supra*, n. 236.

¹⁴ *Supra*, n. 238.

¹⁵ Baudou, p. 62 ss.

car il a son importance¹⁶. Il est en effet possible que l'une des sociétés soit, à un moment donné, dans une situation particulièrement florissante, ou au contraire défavorable, qui ne reflète pas la valeur véritable de l'entreprise. Du point de vue comptable, l'opération rétroagit à la date où l'évaluation de l'apport a été faite et tout se passe comme si, à compter de cette date, les opérations relatives au patrimoine transmis s'effectuaient pour le compte de la société reprenante puisque la rémunération de cet apport se fonde sur sa valeur à cette date¹⁷.

265. L'accord doit encore se réaliser sur le choix du régime fiscal applicable à l'opération envisagée¹⁸, de même que sur les ajustements préalables à la fusion, tels que modification du capital social de l'une ou l'autre société, prise ou cession de participation d'une société dans l'autre, etc.¹⁹. Les conséquences de l'opération pour les obligataires — à qui le remboursement anticipé de leur créance peut être offert — et pour les porteurs de parts et de bons de jouissance ou de participation de la société reprise doivent aussi être envisagées²⁰.

266. Outre ces aspects financiers, les négociations devront aborder les questions d'organisation de l'entreprise après l'opération — personnalité des administrateurs, choix des directeurs, plans de carrière du personnel, etc. — et les problèmes purement commerciaux tels que la réorganisation des marchés et des réseaux de distribution, l'abandon de la fabrication de certains produits faisant double emploi, etc.

Toutes ces tractations aboutissent au contrat ou traité de fusion ou de scission, arrêté par les conseils d'administration ou les directoires des sociétés participantes. Il faut en examiner le contenu et la forme avant de préciser le moment de sa conclusion définitive.

¹⁶ Baudeu, p. 48. Compte tenu du texte de l'art. 254 DSC, qui mentionne « les dates » d'arrêté des comptes, il semble qu'il soit aujourd'hui possible de choisir des dates différentes pour chacune des sociétés ; voir Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 17.

¹⁷ Cf. l'art. 265 DSC. Voir Hémard, Terré, Mabilat, p. 216, sous art. 265 DSC ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 31.

¹⁸ Baudeu, p. 66 ss.

¹⁹ *Supra*, n. 250 ss.

²⁰ Baudeu, p. 128 ss. Signalons au passage que si la situation des créanciers obligataires ne pose pas de problèmes, celle des porteurs de parts ou de bons est plus délicate. Du fait qu'il s'agit de titres à rendement aléatoire conférant des droits souvent calqués sur les droits pécuniaires des actionnaires, l'assiette même de ces droits devra souvent être modifiée. En France, en outre, la création de parts de fondateurs est désormais interdite et l'opération ne pourra donc aboutir qu'au désintéressement des porteurs de parts de la société reprise ou à l'échange de leurs titres contre des actions de la société reprenante.

§ 2. *Le contenu du contrat.*

267. Au sens large, le contrat de fusion ou de scission constitue l'accord qui intervient entre les diverses sociétés participant à l'opération. Il contient donc le résultat des négociations intervenues sur tous les points que nous avons abordés dans le paragraphe précédent. Mais une distinction doit être faite.

268. Dans la pratique, les promoteurs de l'opération rédigent souvent des protocoles de fusion ou de scission qui seront ratifiés par les conseils d'administration ou les directoires et qui constatent les résultats des négociations²¹. Il peut y avoir plusieurs protocoles et notamment, en cas de scission, des protocoles distincts peuvent être passés entre la société qui se scinde et les diverses sociétés bénéficiaires des apports. Ces documents officiels et souvent secrets jouent un double rôle. D'une part, ils posent les bases, au moins provisoires, de l'opération et constituent à ce titre un premier projet de contrat ; d'autre part, une fois la fusion ou la scission réalisée, ces protocoles pourront lier les administrations des sociétés reprenantes dans la mise en œuvre concrète de la réunion des entreprises, en particulier sur le plan commercial et pour ce qui a trait à l'organisation de l'affaire. Ils peuvent ainsi faire partie du contrat de fusion ou de scission *lato sensu*.

269. Mais le contrat de fusion ou de scission au sens strict a un objet plus limité qui est la réalisation d'une opération du droit des sociétés. Le contrat d'absorption passé entre une société absorbante et une société destinée à être absorbée a exclusivement pour objet la reprise du patrimoine de la seconde par la première et l'attribution aux actionnaires de la société absorbée d'actions de la société absorbante. Le contrat de fusion passé entre sociétés fusionnantes en cas de combinaison prévoit la constitution d'une société nouvelle, l'apport des deux patrimoines sociaux à cette société et l'attribution des actions d'apport aux actionnaires des sociétés apporteurs. En droit français, le contrat unique de scission liant la société qui se démembre et les sociétés bénéficiaires des apports a pour seul objet la détermination de ces apports et l'attribution des actions qui les rémunèrent. En droit suisse, en l'absence de réglementation légale de la scission, celle-ci donne lieu, normalement, à diverses conventions d'apport entre la société qui se scinde

²¹ Sur ces protocoles qui sont, d'après lui, d'un usage constant en France, voir Baudou. *Adde* : Baudou-Bellargent, fasc. 164-B, n. 87 ss.

et les sociétés reprenantes, conventions qui déterminent la consistance de ces apports et leur rémunération.

270. Le contenu nécessaire du traité de fusion ou de scission résulte alors clairement de son objet. Théoriquement, il suffirait, en cas d'absorption, de la désignation des deux sociétés participantes, de l'affirmation de leur volonté de fusionner au sens de la loi, de la détermination du rôle de société absorbée ou de société absorbante joué par chacune d'elles, enfin de l'énonciation du taux d'échange des actions ; les effets du contrat résultant directement de la loi, aucune autre clause n'est en principe nécessaire²². De même, en cas de combinaison, le contrat de fusion est complet s'il contient la désignation des sociétés fusionnantes, leur intention de fusionner en créant une société nouvelle, la raison sociale et les caractéristiques essentielles de cette société et le rapport d'échange de ses actions contre celles de chacune des sociétés apporteurs. Le contrat de scission du droit français peut, toujours en théorie, se borner à désigner la société appelée à se démembrer et les sociétés bénéficiaires des apports, les actifs et les passifs apportés à chacune d'elles et les divers rapports d'échange ou simplement le nombre d'actions attribuées aux actionnaires de la société démembrée par chacune des sociétés reprenantes. En droit suisse, chacune des conventions d'apport passées entre la société qui se scinde et les sociétés reprenantes devra mentionner la consistance de l'apport et le nombre d'actions destiné à le rémunérer.

271. En fait, un contrat de fusion ou de scission n'est pas aussi sommaire. D'une part, le plus souvent, la réalisation de l'opération est trop complexe pour qu'un simple renvoi aux dispositions légales suffise. C'est ainsi que des clauses particulières seront nécessaires, dans bien des cas, au sujet des droits des titulaires d'actions privilégiées, etc. D'autre part, le contrat ou projet de fusion ou de scission est la base de la décision qui devra être prise par les assemblées générales des sociétés en cause

Instrumentum de l'accord entre les sociétés, le contrat de fusion est en même temps moyen d'information pour les assemblées générales. Aussi la loi française prévoit-elle, dans un but d'information des actionnaires, les indications que doit nécessairement contenir le projet de fusion ou de scission. Ce sont, aux termes de l'article 254 DSC :

²² Suter, p. 113-114. *Contra* : Frehner, p. 60 ; Küry, p. 64.

- « 1. Les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission ;
2. Les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées, utilisés pour établir les conditions de l'opération ;
3. La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;
4. Le rapport d'échange des droits sociaux ;
5. Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission. »

En outre, « le projet ou une déclaration qui lui est annexée expose les méthodes d'évaluation utilisées et donne les motifs du choix du rapport d'échange des droits sociaux ». C'est au chapitre suivant que nous examinerons en détail, à propos de l'information des actionnaires, les diverses rubriques du projet de fusion.

272. Finalement, le contrat de fusion ou de scission doit refléter l'accord intervenu entre les administrations sur tous les points concernant directement l'opération du point de vue du droit des sociétés et qui entrent dans les compétences des assemblées générales, ce qui recouvre d'une part les conditions financières, d'autre part, le cas échéant, la composition des organes de la société ou des sociétés reprenantes après l'opération. En France, il doit en outre contenir, en application de l'article 254 DSC, des indications propres à justifier l'opération aux yeux des actionnaires et à leur permettre de voter en connaissance de cause.

§ 3. *La forme du contrat.*

273. Pour déterminer à quelle forme est soumis le contrat de fusion ou de scission, il faut distinguer entre le droit français et le droit suisse.

274. En droit français, le projet de fusion ou de scission doit, aux termes de l'article 374 alinéa 1 LSC, être « déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés absorbantes et absorbées ». C'est dire que la forme écrite est nécessaire. En principe, le projet peut être un acte sous seing privé. Cependant, lorsqu'un immeuble figure dans le patrimoine transféré, les auteurs considèrent en général que la forme authentique est nécessaire afin de permettre l'accomplissement des formalités de publicité foncière prévues par le décret du 4 janvier 1955, dont l'article 4 dispose que « tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique ». Dans ce cas, « il est hors de question que la convention initiale doit être établie en

la forme authentique »²³. Le fait que les procès-verbaux des assemblées générales approuvant le projet soient dressés en la forme authentique ou déposés chez un notaire²⁴ ne paraît pas pouvoir dispenser le projet lui-même de la forme authentique²⁵.

275. En droit suisse, la loi n'impose aucune forme particulière pour le contrat de fusion en cas d'absorption. La doctrine dominante en conclut que, conformément à l'article 11 CO, la forme écrite n'est pas nécessaire²⁶. En vertu du principe de la succession universelle, les formes prévues par la loi pour le transfert isolé de droits ou d'obligations n'ont pas à être observées²⁷. Le fait que la fusion emporte cession de créances n'entraîne pas, en dérogation à l'article 165 CO, l'obligation de passer le contrat de fusion en la forme écrite²⁸, pas plus que l'existence d'un immeuble dans le patrimoine apporté n'impose la forme authentique, malgré l'article 657 alinéa 1 CCS. Compte tenu de la gravité de la fusion pour les sociétés en cause, il est toutefois évident que le contrat de fusion est, en pratique, toujours écrit.

En cas de combinaison, l'article 749 alinéa 3 chiffre 1 CO dispose que le contrat de fusion fait l'objet d'un acte authentique. Si cette solution est plus satisfaisante que la précédente, il faut reconnaître que rien ne justifie la différence établie par le législateur entre le contrat de fusion par absorption et par combinaison.

276. Nous avons vu que la scission ne pouvait se réaliser, en droit positif suisse, que sous la forme de deux ou plusieurs cessions de patrimoine au sens de l'article 181 CO, sans succession universelle. Les conventions d'apport passées entre la société apporteuse et chacune des sociétés reprenantes ne sont soumises en principe à aucune forme. Un écrit est toutefois nécessaire, en application de l'article 165 CO, si cette convention comporte une cession de créance²⁹, et la forme authentique est obligatoire si l'apport comprend un immeuble³⁰.

²³ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-D, n. 19.

²⁴ Voir l'art. 4 al. 2 Dct 4 janv. 1955.

²⁵ Baudeu-Bellargent, *loc. cit.*

²⁶ Frehner, p. 63 ; Häberling, p. 50-51 ; Küry, p. 65 ; Lehmann, p. 47 ; F. von Steiger, p. 353 ; Suter, p. 115-116. Il n'est pas nécessaire de présenter un contrat de fusion écrit pour l'inscription au registre du commerce ; F. von Steiger, p. 355 ; Suter, p. 122.

²⁷ *Supra*, n. 30.

²⁸ *Contra* : Faessler, p. 44 ; Zollikofer, p. 71.

²⁹ Buchli, p. 28.

³⁰ Siegwart, art. 628 CO, n. 18 ; Buchli, p. 28.

§ 4. *La perfection du contrat.*

277. Sous réserve, en droit suisse, des exceptions que nous verrons, la fusion et la scission supposent une décision des assemblées générales de chacune des sociétés participantes. Or le contrat est établi et signé par les organes d'administration. C'est dire qu'au moment de sa signature, il ne lie pas encore les sociétés³¹.

278. On a parfois voulu voir dans le traité de fusion une sorte d'avant-contrat³². Comme le remarque Carbonnier, la notion d'avant-contrat recouvre « tantôt des accords préliminaires conclus au cours des pourparlers... tantôt de véritables contrats autonomes, mais sur lesquels des contrats ultérieurs doivent venir s'articuler... Dans tous les cas, les avant-contrats ont le double caractère d'être à la fois obligatoires et provisoires »³³. Or, en cas de fusion ou de scission, aucune des sociétés participantes n'est engagée tant que son assemblée générale n'a pas approuvé le contrat. En outre, aucun autre *instrumentum* ne va suivre le traité de fusion, alors qu'un avant-contrat est normalement suivi d'un contrat ultérieur³⁴. Cette qualification n'est donc pas satisfaisante.

279. Faut-il admettre alors que les conseils d'administration concluent le contrat sous la condition suspensive de l'approbation par les assemblées générales ? Cette conception n'est pas soutenable. En effet, en imposant une décision de l'assemblée générale, c'est la formation même de la volonté des parties que la loi réglemente. Or la condition affectant une obligation ne saurait porter sur l'existence même du consentement³⁵ ; du moins s'agirait-il alors d'une condition purement potestative ou *sivoloero*. L'obligation contractée sous une telle condition est nulle (art. 1174 C. civ.) car « ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut »³⁶.

³¹ Küry, p. 63 ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 44, 46. Frehner, p. 62, et Suter, p. 108, admettent cependant, en droit suisse, que le contrat de fusion puisse être passé après les assemblées générales ; les conseils d'administration seraient alors habilités à conclure un contrat définitif. Mais tous les autres auteurs considèrent que le contrat de fusion doit être établi par les administrateurs des sociétés en cause à l'issue des pourparlers et ratifié par les assemblées générales ; Faessler, p. 46 ; Fischer, SJZ 26, p. 147 ; Küry, p. 63 ; Lehmann, p. 45 ; Schucany, art. 748 CO, n. 7. Pour la combinaison, voir, en ce sens, l'art. 749 CO.

³² Copper-Royer, Fusion, p. 13.

³³ Carbonnier, t. IV, p. 62-63.

³⁴ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 40.

³⁵ *Ibid.*, n. 41.

³⁶ Planiol et Ripert, t. VII, n. 1028.

280. A l'égard des sociétés dont les assemblées générales doivent approuver la fusion ou la scission, le contrat arrêté par les administrations n'est qu'un simple projet ne comportant de leur part aucune obligation. C'est ce qu'a bien compris le législateur français de 1966, qui parle à juste titre de « projet de contrat »³⁷. En exigeant une décision de l'assemblée générale, la loi met la conclusion du contrat en dehors des compétences de l'administration. Celle-ci n'est qu'un représentant sans pouvoirs dont les actes n'engagent pas le représenté sauf ratification par celui-ci (art. 38 CO et 1998 C. civ.). C'est la décision de l'assemblée générale qui est l'expression du consentement de la société représentée, c'est cette décision qui ratifie le contrat établi par le conseil d'administration ou le directoire. Pour déterminer avec précision le moment de la conclusion définitive du contrat, il faut encore se demander quand cette ratification produit ses effets.

281. C'est là un problème général de droit des obligations. En droit suisse, en tout cas, la décision de l'assemblée générale doit être communiquée par le conseil d'administration à l'autre société³⁸. Le contrat est parfait dès communication à l'autre partie de la ratification par la dernière assemblée générale appelée à se prononcer sur le contrat³⁹.

On sait qu'en droit français, la jurisprudence et la doctrine ne se sont pas accordées de façon décisive sur la théorie de l'émission ou sur celle de la réception de la déclaration de volonté pour déterminer le moment de la conclusion des contrats⁴⁰. On peut donc hésiter, quant au moment de la perfection du contrat de fusion ou de scission, entre celui de la décision de la dernière assemblée générale (système de la déclaration), celui de l'envoi de la communication de cette décision à l'autre société ou aux autres sociétés participantes (système de l'expédition), ou encore, comme en droit suisse, celui de la réception de cette communication par la dernière des sociétés destinataires (système de la réception). Dans le domaine des fusions et scissions, la discussion est, à notre avis, purement académique.

³⁷ Art. 374 LSC. Les art. 254-255 DSC visent, de même, « le Projet de fusion ou de scission ».

³⁸ Oser-Schönenberger, art. 38 CO, n. 4 ; la ratification exige réception.

³⁹ Suter, p. 113. On sait qu'entre la théorie de l'émission et celle de la réception, le droit suisse a choisi la seconde, sans toutefois exiger que le destinataire ait pris connaissance de la déclaration à lui adressée ; le contrat sera donc conclu dès l'arrivée de la communication ; voir von Tuhr, p. 146 ss.

⁴⁰ Voir notamment Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris 1937, p. 44 ss. ; Mazeaud, *Leçons*, t. II, n. 139 ss., p. 113 ss.

282. La ratification par le représenté de l'acte du représentant sans pouvoirs rétroagit à la date de cet acte⁴¹. MM. Baudeau et Bellargent voient dans cette règle la preuve que le traité de fusion ne peut être analysé comme une convention imparfaite ratifiée ensuite par les assemblées générales⁴². En fait, la ratification d'une convention imparfaite « place les choses dans le même état que si l'agissant avait été, dès le moment de son action, investi des pouvoirs nécessaires »⁴³. Dans le cadre de la fusion, cela ne signifie pas que la fusion se réalise rétroactivement à la date de signature par les administrations des sociétés en cause, mais que le contrat est réputé conclu à cette date. La seule conséquence pratique de cette rétroactivité serait sur le plan du droit applicable : au cas où une modification législative affectant le déroulement ou les effets de l'opération interviendrait entre l'établissement du contrat et les décisions de ratification, la fusion ou la scission devrait, normalement, être soumise au régime légal antérieur.

Section II : L'EXÉCUTION DU CONTRAT.

283. Plusieurs auteurs estiment que le contrat de fusion ou de scission produit certains effets dès son établissement et avant sa ratification par les assemblées générales des sociétés participantes. Avant d'aborder le problème de l'exécution proprement dite du contrat valablement conclu, on doit donc se demander dans quelle mesure il peut avoir des effets avant sa perfection définitive.

§ 1^{er}. *Les effets du contrat avant sa ratification.*

284. On a soutenu que le contrat de fusion (ou de scission) mettait, dès sa signature, une obligation à la charge des conseils d'administration ou des directoires des sociétés participantes : celle de mettre tout en œuvre pour obtenir la ratification de la convention par leurs assemblées générales respectives⁴⁴. Avant d'être parfait et d'obliger les sociétés, le con-

⁴¹ Engel, p. 276 ; von Tuhr, p. 320. Jaubert, *Jurisl. Civil*, art. 1998-2002, fasc. II, n. 90 ss.

⁴² Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 42.

⁴³ Jaubert, *loc. cit.*, n. 92.

⁴⁴ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 39. *Contra* : Lyon, 23 mars 1909, J.S. 1910.83.

trait lierait donc les administrations l'une à l'égard de l'autre ou chacune à l'égard de l'autre société. Cette construction n'est guère satisfaisante pour l'esprit. Avant sa conclusion, le contrat ne peut déployer aucun effet.

285. Si l'on peut néanmoins envisager une obligation de chacun des conseils d'administration de soumettre le projet à l'assemblée générale de sa société, ce n'est pas dans le contrat qu'elle trouve sa source, puisqu'il n'est pas encore conclu, mais dans les pourparlers. L'absence de présentation du projet à l'assemblée générale équivaut à une rupture des pourparlers susceptible de constituer une *culpa in contrahendo*.

On sait que la rupture des pourparlers ne constitue pas, en principe, une telle faute⁴⁵. Toutefois, le contrat de fusion ou de scission suppose une longue élaboration au cours de laquelle chacune des parties a tout loisir de peser les avantages et les inconvénients de l'opération ; durant cette phase préparatoire, chacune peut s'attendre à tout moment à ce que l'autre renonce à poursuivre les pourparlers, sans pouvoir se plaindre de cette rupture. Lorsque le contrat est signé par les conseils d'administration ou les directoires des sociétés intéressées, l'accord est réalisé entre eux. Le seul aléa avec lequel les signataires doivent encore compter tient à la nécessité d'une ratification par les assemblées générales, et il est hors de doute que le refus par l'assemblée de l'une des sociétés d'approuver l'opération ne donnerait à l'autre aucun droit à indemnité. Mais le conseil d'administration qui, sans justification, ne soumet pas à l'assemblée générale le contrat qu'il a signé agit contrairement à la bonne foi.

286. Il faut souligner que l'obligation qui pèse sur l'administration de soumettre le contrat à l'assemblée générale n'est pas absolue. Tout changement de circonstances intervenant après l'établissement du contrat et qui ferait apparaître l'opération projetée défavorable à la société entraîne pour l'administration non seulement le droit, mais encore le devoir de ne pas soumettre le projet à l'approbation de l'assemblée générale⁴⁶. Plus délicat est le cas où, sans modification des circonstances, les administrateurs se ravisent et jugent contraire à l'intérêt de leur société les conditions de l'opération qu'ils ont eux-mêmes approuvées.

⁴⁵ Engel, p. 136 ; von Tuhr, p. 170.

⁴⁶ On doit toutefois convenir que l'appréciation d'un changement de circonstances est délicate ; peut-être faudrait-il décider que l'administration a, dans tous les cas, l'obligation de soumettre le contrat à l'assemblée générale, au besoin avec un préavis négatif si elle estime qu'un fait nouveau le justifie. Comp. Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 31 dernier alinéa.

Nous inclinons à penser qu'ils doivent tout de même soumettre le contrat à la ratification de l'assemblée générale, étant bien entendu qu'ils ont, à l'égard de leurs actionnaires, le devoir non moins impératif d'informer l'assemblée des aspects négatifs de la fusion ou de la scission proposée.

287. Les auteurs qui fondent sur le contrat de fusion une obligation des administrateurs signataires de soumettre celui-ci à l'assemblée générale considèrent que la violation de cette obligation entraîne la responsabilité personnelle de ces administrateurs à l'égard de l'autre société ⁴⁷.

A notre avis, c'est oublier que les parties aux négociations et au projet de contrat — dans la mesure où l'on peut parler de parties à un projet — ne sont pas les administrateurs mais les sociétés. En effet, si les conseils d'administration ou les directoires n'ont pas le pouvoir de conclure un contrat de fusion ou de scission définitif, la négociation et l'établissement du projet de contrat entrent bien dans leurs compétences et les droits ou les obligations qui pourraient naître des pourparlers naissent en faveur ou à la charge des sociétés elles-mêmes. Ainsi, l'obligation de présenter le contrat à la ratification de l'assemblée générale pèse sur la société, l'organe compétent pour exécuter cette obligation étant le conseil d'administration ou le directoire. En cas d'inexécution de cette obligation, seule la société peut donc être tenue à réparation à l'égard de l'autre, sans préjudice, le cas échéant, d'un recours contre les administrateurs ou membres du directoire responsables de l'inexécution.

288. Si l'idée d'une responsabilité précontractuelle a acquis droit de cité en Suisse ⁴⁸, les auteurs français rejettent en général la notion de *culpa in contrahendo*, tout en reconnaissant que la rupture des pourparlers peut donner lieu à réparation, mais dans les termes de l'article 1382 C. civ. ⁴⁹. Quoi qu'il en soit, la détermination de la faute, qu'on lui reconnaisse un caractère contractuel ou délictuel, ne soulève pas ici de difficulté : elle consiste dans la non convocation d'une assemblée générale destinée à statuer sur le contrat de fusion ou de scission sans qu'une situation

⁴⁷ Cf. Bastian, *Juriscl. Soc.*, fasc. 164-2, ancienne éd., n. 38 : « Si les conseils d'administration manquaient à cette obligation, ils seraient responsables, dans les termes du droit commun, du préjudice subi par les deux sociétés ou l'une d'entre elles. » Mais la responsabilité des administrateurs à l'égard de leur propre société n'a pas sa source dans la négociation du contrat de fusion et nous pensons que celle-ci ne met en tout cas pas à leur charge l'obligation, à l'égard de leur propre société, de soumettre le projet à l'assemblée générale.

⁴⁸ Engel, p. 503 ss. ; von Tuhr, p. 169-171.

⁴⁹ Cohérier ; Carbonnier, t. IV, p. 62 ; Mazeaud et Tunc, t. I, n. 117 ss., p. 150 ss.

nouvelle vienne justifier, de la part du conseil d'administration défaillant, une renonciation à l'opération projetée.

L'évaluation du préjudice et la preuve de la causalité posent des problèmes moins faciles à résoudre. La préparation d'une opération telle qu'une fusion suppose certes des études longues et parfois coûteuses pour chacune des sociétés ; en outre, il est possible que, dans l'attente d'une réorganisation de son entreprise, une société ait renoncé à exploiter certaines possibilités ou ait orienté son activité en fonction de la fusion envisagée. Mais d'une part, jusqu'à la signature du contrat de fusion, chaque société devait compter que les pourparlers pouvaient être rompus à tout moment ; elle ne peut donc en tout cas prétendre à une indemnisation pour les frais engagés ou les pertes subies jusqu'à cette date. D'autre part, même après la signature du contrat, elle n'a aucun droit à voir celui-ci ratifié par sa propre assemblée générale et celle de l'autre société. Par conséquent, si l'administration de l'une des sociétés manque à soumettre le contrat à ratification, le seul préjudice dont l'autre pourrait demander réparation serait celui qu'elle a subi après l'établissement du contrat de fusion. Encore ce préjudice est-il difficile à établir car il ne consiste normalement que dans le manque à gagner dû au fait que la société s'est abstenue d'exploiter certaines possibilités de développement incompatibles avec la réorganisation devant intervenir dans le cadre de la fusion ; en effet, si la société a procédé à certains actes ou engagé certains frais en vue de l'opération, ce ne peut être qu'à ses risques et périls puisqu'elle pouvait toujours s'attendre à ce que le contrat ne soit pas ratifié par les assemblées générales. De plus, pour que l'omission du conseil d'administration soit la cause de ce préjudice, il faut qu'il soit prouvé que, si le contrat avait été soumis aux assemblées des deux sociétés, chacune d'elles l'aurait approuvé. C'est dire que la responsabilité fondée sur le défaut de soumission du contrat à l'une des assemblées générales ne pourra que très rarement, dans la pratique, être mise en œuvre.

§ 2. *L'exécution du contrat.*

289. La question de l'exécution du contrat de fusion ou de scission se confond avec celle de la réalisation de l'opération sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir en détail ⁵⁰.

290. Si nous prenons, tout d'abord, le cas d'une fusion par absorption, exécuter le contrat de fusion, c'est faire produire à la fusion ses

⁵⁰ Voir *infra*, Ch. III, sec. V (n. 414 ss.) et Ch. IV.

effets, à savoir : le transfert du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante par voie de succession universelle, l'échange des droits sociaux, la disparition de la société absorbée. Mais tous ces effets se produisent *uno actu* et simultanément. L'exécution du contrat ne consiste donc pas, de la part des sociétés participantes, dans une pluralité d'actes particuliers visant à produire séparément chacun des effets de l'opération, mais dans l'accomplissement des conditions légales de réalisation de la fusion. Dès que ces conditions sont remplies, les deux sociétés se trouvent réunies et tous les effets de la fusion se produisent *ex lege*. La doctrine suisse analyse le contrat de fusion en un acte constitutif d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*) mettant à la charge des sociétés signataires l'obligation de procéder aux actes nécessaires pour que la fusion produise ses effets ⁵¹.

On peut voir dans la décision de fusion elle-même le premier de ces actes. Suter souligne qu'elle constitue d'une part la ratification du contrat, mais en même temps le premier acte d'exécution de ce contrat ⁵². En droit français, elle est même le seul, du moins si l'on ne sépare pas la décision de fusion proprement dite et la décision d'augmentation de capital de la société absorbante ⁵³ ; si l'on veut distinguer, la dernière apparaît comme une seconde mesure d'exécution du contrat. En droit suisse, la fusion n'est réalisée qu'à compter de l'inscription de l'augmentation de capital de la société absorbante au registre du commerce. Pour exécuter le contrat, cette société doit donc encore faire procéder à cette inscription. A défaut d'augmentation de capital, la seule inscription à opérer, au registre du commerce de l'absorbée, ne paraît pas avoir d'effet constitutif ⁵⁴, et aucun acte d'exécution n'intervient donc après la conclusion du contrat.

291. En cas de fusion par combinaison, l'exécution du contrat réside dans la constitution de la société nouvelle. En droit suisse, les deux sociétés, représentées par leurs conseils d'administration, devront passer l'acte authentique constatant la fondation de la nouvelle société et faire inscrire celle-ci au registre du commerce ⁵⁵. Transfert des patrimoines et échange des droits sociaux se produisent *ex lege* dès cette inscription.

En droit français, une difficulté théorique supplémentaire tient à la nécessité d'une assemblée constitutive de la société nouvelle, assemblée

⁵¹ Frehner, p. 62 ; Küry, p. 64 ; Häberling, p. 49 ; Suter, p. 109 ; Zollikofer, p. 89.

⁵² Suter, p. 109.

⁵³ La fusion est, en effet, réalisée dès la décision de la dernière assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération ; voir *infra*, n. 441.

⁵⁴ Voir *infra*, n. 442-443.

⁵⁵ Voir *infra*, n. 416 ss.

réunissant les actionnaires des sociétés fusionnantes⁵⁶. On ne peut donc mettre à la charge des deux sociétés, en vertu du contrat de fusion, l'obligation absolue de constituer la société nouvelle, car l'exécution de cette obligation dépend de la décision de cette assemblée constitutive dans laquelle les actionnaires sont libres de leur vote. Aussi faut-il décider que le contrat de fusion oblige les deux sociétés à jouer, par l'intermédiaire de leurs représentants, le rôle de fondateurs de la nouvelle société⁵⁷. Si l'assemblée constitutive se refusait à approuver la constitution de la société, ce refus serait, à notre avis, la réalisation d'une condition résolutoire — expresse ou tacite — affectant le contrat de fusion.

292. Les mêmes principes s'appliquent, en droit français, en cas de scission. Lorsque les apports de la société démembrée sont faits à des sociétés préexistantes, l'approbation du contrat par les assemblées générales des sociétés en cause constituera à la fois la ratification et l'exécution du contrat⁵⁸. Si la société scindée fait apport de son patrimoine à des sociétés nouvelles constituées à la fois par ses apports et par ceux de sociétés préexistantes (fusion-scission par combinaison), la société démembrée d'une part et chacune des sociétés préexistantes d'autre part auront l'obligation, en vertu du contrat, d'agir comme fondateurs de la société nouvelle qu'elles entendent constituer.

En droit suisse, la situation est différente en cas de scission, du fait que l'apport de patrimoine au sens de l'article 181 CO n'entraîne pas succession universelle. Les sociétés ont donc l'obligation, pour exécuter le contrat, de procéder au transfert de chacun des droits et des obligations transmis selon les formes qui lui sont propres : inscription au registre foncier pour les immeubles, endossement des effets de change, etc.

293. Cette étude de la conclusion et de l'exécution du contrat de fusion ou de scission ne nous a pas encore introduits au cœur du problème de la protection des actionnaires dans la réalisation de ces opérations. Du moins a-t-elle mis en lumière que le consentement de chacune des sociétés résultait des décisions de l'assemblée générale de chacune des sociétés. D'où l'importance de l'information destinée à permettre aux actionnaires d'exercer leur droit de vote en pleine connaissance de cause.

⁵⁶ Voir *infra*, n. 421 ss.

⁵⁷ *Infra*, n. 425, 429.

⁵⁸ *Infra*, n. 441.

CHAPITRE II

L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES

294. Les actionnaires de chacune des sociétés participant à une fusion ou à une scission doivent pouvoir, à l'assemblée générale, se prononcer en connaissance de cause sur l'opération envisagée. L'information qui leur est fournie à ce sujet doit donc être suffisamment large et objective pour les renseigner de manière exacte et complète sur les conséquences qu'aura la fusion ou la scission sur leurs intérêts et sur ceux de la société à laquelle ils participent.

295. Il faut tout d'abord que les actionnaires soient informés des motifs et des buts de la fusion. Les actionnaires de la société apporteuse doivent connaître les raisons qui justifient la renonciation par leur société à son existence comme personne morale distincte et l'échange de leurs actions contre celles d'une ou plusieurs autres sociétés. Ceux de la société reprenante attendent la justification d'une opération qui les oblige à partager désormais la maîtrise de leur société avec d'autres actionnaires. Tous veulent savoir quelles perspectives une telle réorganisation ouvre à l'entreprise dans laquelle ils ont investi et quelles sont les conséquences prévisibles de cette évolution sur la valeur et la rémunération de leur investissement.

296. Plus immédiatement, les actionnaires de chacune des sociétés, reprise ou reprenante, sont intéressés au premier chef à être informés sur le rapport d'échange des actions, dont va dépendre aussi bien le maintien de la valeur absolue de leur participation que la part proportionnelle qu'ils détiendront après l'opération dans la société ou les sociétés reprenantes. L'information qui leur est fournie à ce sujet doit leur permettre d'apprécier la légitimité du taux d'échange proposé et de juger de l'ensemble des bases financières de l'opération. Elle doit donc comporter des renseignements sur l'évaluation des apports de la société ou des sociétés reprises et les méthodes adoptées pour cette évaluation, sur la valeur des actions remises en échange et les méthodes de calcul

de cette valeur, le cas échéant sur les motifs qui ont pu conduire à s'écarter, dans la détermination des rapports d'échange, du strict résultat mathématique des évaluations précédentes.

297. Les autres renseignements intéressant les actionnaires varient de cas en cas selon l'opération envisagée. Ils devraient en tout cas recevoir une information complète, c'est-à-dire comportant une justification de la solution proposée, sur chacune des conditions de l'opération touchant à une question qui relève de la compétence de l'assemblée générale, par exemple la modification de la situation des titulaires d'actions privilégiées, de parts de fondateurs, de bons de jouissance ou de participation, etc.

298. Le droit suisse et le droit français répondent de manière fort inégale à ce souci d'information des actionnaires. La disparité existant entre les deux systèmes nous oblige, pour plus de clarté, à les envisager successivement.

Section I : L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES EN DROIT SUISSE.

299. La question se pose de façon sensiblement différente selon que l'on envisage la fusion ou la scission. Nous examinerons successivement les deux hypothèses.

§ 1^{er}. L'information des actionnaires en cas de fusion.

300. Le Code des obligations ne prévoit pas les documents qui doivent être communiqués aux actionnaires des sociétés participant à une fusion. La décision des assemblées générales consistant dans l'approbation du contrat de fusion¹, il ne fait pas de doute que celui-ci doit être soumis aux actionnaires. En outre, en cas d'absorption, les administrateurs de la société reprenante doivent présenter à leurs actionnaires un « rapport des fondateurs ».

301. Contrairement au droit français, la loi suisse ne régit pas le contenu du contrat de fusion. Nous avons estimé que le contrat de fusion devait mentionner tous les points relevant de la compétence des

¹ *Infra*, n. 352, 360.

assemblées générales². C'est dire qu'il doit, outre le principe même de l'opération³, mentionner la consistance et l'évaluation de l'apport de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes⁴, le montant de l'augmentation de capital de la société absorbante ou celui du capital social de la société nouvelle, le taux d'échange des actions, le cas échéant les solutions prévues pour le maintien ou la modification des droits attachés aux actions privilégiées, l'éventuelle émission de bons de participation ou de bons de jouissance par la société reprenante et leur taux d'échange contre les titres analogues de la société ou des sociétés reprises, la composition du conseil d'administration de la société reprenante après la fusion.

Le contrat de fusion doit également prévoir les ajustements préalables à l'opération, par exemple les modifications du capital social de l'une ou l'autre société qui peuvent avoir été convenues en vue de permettre leur réunion sur des bases déterminées.

Le bilan de fusion de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes fait normalement partie intégrante du contrat de fusion, ou figure en annexe.

Au contrat de fusion doivent enfin être annexés les statuts de la société nouvelle ou de la société absorbante dans la teneur qu'ils auront après la fusion⁶.

302. Mais en l'absence de disposition légale spéciale, on peut fort bien concevoir qu'en cas d'absorption aucun contrat écrit ne soit établi⁷, ou encore que le contrat de fusion se limite à poser le principe de la fusion et à énoncer le taux d'échange des actions⁸, toutes les décisions complémentaires du ressort des assemblées générales étant simplement portées à leur ordre du jour. Au reste, la différence est de pure forme. Tant que le contrat de fusion ne contient qu'une énumération des décisions relevant de la compétence des assemblées générales, il ne peut être un instrument d'information des actionnaires et ne se distingue guère d'un simple ordre du jour. On ne peut même pas dire que le contrat de fusion, s'il mentionne l'évaluation de l'apport de la société absorbée, fournisse aux actionnaires de cette dernière un renseignement sur un point qui

² *Supra*, n. 272.

³ Häberling, p. 52 ; Küry, p. 64 ; Suter, p. 114 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 47.

⁴ Frehner, p. 60 ; Küry, p. 64. *Contra* : Häberling, p. 52 ; Suter, p. 114.

⁵ Faessler, p. 45 ; Frehner, p. 61 ; Küry, p. 64 ; Lehmann, p. 46 ; F. von Steiger, p. 352 ; Suter, p. 114 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 47.

⁶ Suter, p. 115 ; Frehner, p. 61, estime que ces statuts font partie intégrante du contrat de fusion.

⁷ *Supra*, n. 275.

⁸ *Supra*, n. 270.

relève de la seule compétence de l'assemblée de la société absorbante, puisque cette évaluation va figurer dans les statuts modifiés de la société absorbante, qui doivent être soumis à l'assemblée générale de la société absorbée. Cette information brute que constitue la nomenclature des décisions à prendre est, évidemment, loin d'être suffisante.

303. En cas d'absorption, l'administration de la société absorbante doit, s'il y a augmentation de capital, établir un « rapport des fondateurs »⁹, car l'apport-fusion est un apport en nature. Selon l'article 630 CO, ce rapport doit être « détaillé » et contenir « des renseignements circonstanciés : 1. Sur la nature et l'état des apports..., ainsi que sur les éléments de leur appréciation ; 2. Sur le nombre des actions remises en échange ou les autres prestations assumées par la société ». S'il est correctement établi, ce rapport des fondateurs doit donc fournir aux actionnaires de la société absorbante une information satisfaisante sur les conditions financières de la fusion. Mais l'insuffisance de ce système d'information apparaît aussitôt.

304. Tout d'abord, seuls les actionnaires de la société absorbante ont accès au rapport des fondateurs. La loi n'impose aucun document équivalent dans la société absorbée. En cas de fusion par combinaison, un rapport des fondateurs n'est pas non plus établi car il n'y a pas lieu de tenir une assemblée constitutive de la société nouvelle. Les actionnaires des sociétés absorbée ou fusionnantes sont donc privés des « renseignements circonstanciés » sur les bases financières de la fusion, que le code assure à ceux de la société absorbante. Il faut souligner en particulier que si les actionnaires de la société reprise, en cas d'absorption, sont renseignés par le contrat de fusion et les statuts de la société absorbante sur l'évaluation de l'apport-fusion — mais non sur les critères d'évaluation — aucune information ne leur est donnée quant à l'évaluation de la société absorbante et à la valeur des actions qu'ils recevront en échange de leurs titres ; la pratique récente montre que ces renseignements ne figurent pas, d'ordinaire, dans le contrat de fusion¹⁰.

Même pour les actionnaires de la société absorbante, le rapport des fondateurs ne répond que partiellement à leur besoin d'information. D'une part, ce rapport ne porte que sur un aspect, fondamental il est vrai, de la fusion : l'évaluation de l'apport de la société reprise et sa rémunération. Il est donc plus explicatif que justificatif en ce sens que,

⁹ F. von Steiger, p. 354 ; Suter, p. 95-96 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 72. *Contra* : Balastèr, p. 117 ; Frehner, p. 80.

¹⁰ Voir, en particulier, le contrat de fusion CIBA-Geigy.

s'il fournit à l'assemblée générale des renseignements sur les modalités de la fusion, il n'en donne pas les motifs et les buts. Or les actionnaires devraient être à même de juger, sur la base des documents qui leur sont communiqués, non seulement du caractère équitable, mais aussi de l'opportunité de l'opération qui leur est proposée. D'autre part, la qualité des informations contenues dans le rapport des fondateurs ne fait l'objet d'aucun contrôle et le bilan de fusion n'est pas soumis à la vérification de l'organe de contrôle de la société absorbée ¹¹.

305. Finalement, l'information obligatoire des actionnaires en cas de fusion apparaît des plus minces. Il est certain qu'en pratique, les conseils d'administration des sociétés participantes seront amenés à fournir aux assemblées générales des renseignements complémentaires, ne serait-ce qu'afin de les inciter à voter la fusion. C'est ainsi qu'ils donneront le plus souvent les justifications économiques de l'opération et mettront en lumière les perspectives de développement qu'elle ouvrira à l'entreprise. Cet exposé des motifs est certes important ; encore faut-il, pour qu'il puisse jouer efficacement son rôle d'instrument d'information, qu'il soit présenté sous la forme d'un rapport écrit que les actionnaires auront le loisir de méditer avant l'assemblée générale, et non d'une allocution prononcée lors de la séance. Il est beaucoup plus rare que l'administration de la société reprise fournisse des renseignements sur les méthodes d'évaluation de l'apport-fusion et sur la valeur des actions de la société absorbante ; il ne semble pas que la pratique ait, sur ce point, comblé les lacunes de la législation.

Indépendamment de son insuffisance, il faut encore signaler une autre carence du système suisse d'information des actionnaires, qui n'est du reste pas propre à la fusion. Il s'agit de l'insuffisance du délai d'information. C'est, en effet, dix jours au moins avant une assemblée générale qu'en application des articles 696 et 700 CO, les documents nécessaires doivent être mis à la disposition des actionnaires. Ce délai est notoirement trop bref pour permettre à ceux-ci de se faire une opinion sur une opération aussi complexe qu'une fusion, qui nécessite une appréciation des chances de l'entreprise et des perspectives de fluctuation de la valeur des actions autrement délicate que le jugement qu'ils ont à porter sur les comptes annuels.

306. Compte tenu des lacunes de l'information obligatoire des actionnaires en cas de fusion et dans l'attente d'une nécessaire révision, le droit de renseignement fondé sur l'article 687 CO devrait revêtir une

¹¹ Suter, p. 135, note 21.

importance particulière. De fait, les actionnaires pourront user de ce droit pour demander des précisions, notamment, sur les bases financières de la fusion et les méthodes d'évaluation. Mais il est à craindre que l'administration, dans ce domaine mettant en cause les perspectives d'avenir de l'entreprise, ne se retranche souvent derrière le secret des affaires. Il convient également de remarquer que ces renseignements ne peuvent, en pratique, être demandés qu'au cours de l'assemblée générale appelée à statuer sur la fusion, donc immédiatement avant la décision de fusion elle-même. Si l'administration fournit des informations complètes et chiffrées, il est hors de question, dans la plupart des cas, que les actionnaires puissent sur le champ en tirer les enseignements susceptibles d'éclairer leur vote. Si, au contraire, un actionnaire se voit refuser les renseignements qu'il demande, cela n'empêchera pas la décision de fusion d'intervenir, à moins que ce même actionnaire dispose du nombre de voix nécessaire pour s'y opposer. L'actionnaire demandeur n'aura plus guère d'intérêt à poursuivre en justice la satisfaction de son droit de renseignement — sauf, le cas échéant, pour fonder une action en responsabilité contre les administrateurs — car la fusion sera réalisée lorsqu'il obtiendra les informations demandées et, comme nous le verrons, l'annulation d'une fusion déjà accomplie est, dans la plupart des cas, difficilement réalisable¹².

307. Compte tenu des caractères particuliers de la décision de fusion, une réforme législative s'impose en ce qui concerne l'information obligatoire des actionnaires. La loi devrait surtout, à l'exemple du droit français, réglementer de façon précise le contenu du contrat de fusion soumis aux assemblées générales afin de leur permettre de se prononcer en parfaite connaissance de cause.

§ 2. *L'information des actionnaires en cas de scission.*

308. L'information obligatoire des actionnaires est toujours liée à une décision de l'assemblée générale. Comme nous le verrons¹³, l'assemblée générale de la société qui se scinde n'a pas toujours à se prononcer sur l'ensemble de l'opération de scission, mais seulement sur la dissolution, sur le principe des apports aux sociétés reprenantes et sur le principe de l'attribution aux actionnaires d'actions de ces sociétés à titre de parts de liquidation. A l'occasion de ces résolutions, le conseil d'adminis-

¹² *Infra*, n. 484 ss.

¹³ *Infra*, n. 368.

tration fournira sans doute quelques explications sur la scission envisagée ou partiellement réalisée, mais il n'a en tout cas pas l'obligation de renseigner les actionnaires avec précision sur l'évaluation des apports et leur rémunération. On peut donc dire qu'en cas de scission, l'information obligatoire des actionnaires de la société qui se démembre est inexistante. Les seuls renseignements qu'ils peuvent obtenir dépendent du bon vouloir de l'administration ou de l'exercice de leur droit de contrôle individuel fondé sur l'article 697 CO.

En cas d'apport à des sociétés préexistantes, les actionnaires des sociétés reprenantes sont informés, au moins si leur société augmente son capital social, par le rapport des fondateurs.

Face à l'insuffisance du système suisse d'information, le droit français représente une tentative d'assurer aux actionnaires une information complète et contrôlée.

Section II : L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES EN DROIT FRANÇAIS.

309. En consacrant l'existence des fusions et scissions de sociétés, le législateur français de 1966 s'est efforcé d'assurer une information satisfaisante des actionnaires et des tiers lors de ces opérations. Les trois piliers de cette information sont le projet de fusion ou de scission, le rapport spécial des commissaires aux comptes, et le rapport des commissaires aux apports de la société reprenante. A ces trois documents s'ajoutent ceux qui doivent être fournis aux actionnaires en vertu de dispositions légales ou réglementaires qui ne visent pas spécialement les fusions et scissions.

§ 1^{er}. Le projet de fusion ou de scission.

310. La décision des assemblées générales des sociétés participantes se fonde principalement sur le projet de contrat de fusion ou de scission, ou sur le projet unilatéral de scission en cas de scission proprement dite. Ainsi que nous l'avons déjà vu, l'article 254 DSC prévoit les mentions obligatoires de ce projet, afin de lui permettre de remplir efficacement son rôle d'instrument d'information. En outre, la loi et le décret prévoient des mesures de publicité du projet, que nous devons également examiner.

A. *Le contenu du projet de fusion ou de scission.*

311. L'article 254 DSC fixe le contenu minimal du projet de fusion. Nous devons en reprendre point par point les diverses rubriques¹⁴.

1. *Les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission.*

312. En imposant la mention des motifs et des buts de la fusion ou de la scission, le décret oblige les administrateurs à fournir dans le projet les justifications de l'opération envisagée. On a fait observer que ces renseignements présentaient « un caractère qui peut être qualifié d'extra-juridique », les motifs et les buts tenant « plutôt à des considérations d'ordre économique dont l'exposé trouve sa place naturelle dans le rapport des dirigeants à l'assemblée des associés ou des actionnaires »¹⁵. Si les rédacteurs du décret ont jugé utile de prévoir cette rubrique dans le projet lui-même, c'est sans doute parce que celui-ci doit être publié et qu'il « n'est pas sans intérêt que toute personne intéressée, associé ou créancier social, puisse y trouver des éléments d'information sur la politique définie et mise en œuvre par les dirigeants »¹⁶.

Quoi qu'il en soit, l'obligation de mentionner dans le projet les motifs et les objectifs de l'opération contribue à une information circonstanciée des actionnaires. Certes, on peut « craindre qu'au vœu du législateur, il ne soit répondu que par des phrases stéréotypées, surtout qu'il s'agit d'un domaine où les arrières-pensées occupent une large place »¹⁷. Mais, du moins si l'une des sociétés fait publiquement appel à l'épargne, le contrôle de la C.O.B. doit sans doute permettre d'assurer une précision suffisante dans la rédaction de cette rubrique¹⁸.

313. Quant aux « conditions de la fusion ou de la scission », s'il apparaît de prime abord qu'elles font bien partie du contenu logique et nécessaire du projet, on peut se demander ce qu'elles recouvrent exactement. A ces conditions appartiennent en tout cas la mention des sociétés préexistantes intéressées et de leur rôle dans l'opération, le montant de l'augmentation de capital de la société ou des sociétés reprenantes, la

¹⁴ Pour une illustration tirée de la pratique, voir le contrat d'apport-fusion conclu le 15 avril 1970 entre la Compagnie de Saint-Gobain et la Compagnie de Pont-à-Mousson, *in* Didier, Textes et documents, p. 464.

¹⁵ Hémard, Terré, Mabilat, p. 206.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Burgard, *Rev. soc.* 1969, p. 113 ; Baudou, p. 120.

¹⁸ Baudou-Bellargent, fasc. 164-C, n. 12.

désignation des sociétés nouvelles qui résulteront de l'opération, le montant de leur capital social et, en cas de combinaison, le nombre d'actions qui seront remises aux actionnaires de chacune des sociétés apporteuses, éventuellement la composition des organes des sociétés reprenantes après l'opération, etc.

Faut-il aller plus loin et décider que parmi les conditions — ou les « buts et conditions » — de l'opération doivent figurer des renseignements sur des points relevant de la seule compétence des organes d'administration, tels que « le sort des marques, brevets, des contrats et marchés en cours, les problèmes financiers concernant les investissements destinés à réorganiser la production et la distribution, le maintien ou le regroupement des agences, bureaux, succursales... le « plan de carrière » des cadres et du personnel de la société absorbée, etc... »¹⁹ ? Il ne semble pas que toutes ces questions, normalement réglées par les dirigeants sociaux dans les protocoles, doivent, en vertu de l'article 254 DSC, figurer dans le projet de fusion ou de scission.

En revanche, pourront notamment être incluses dans cette rubrique des dispositions relatives à la période s'écoulant entre la signature du projet et la réalisation définitive de l'opération. C'est ainsi que la société apporteuse s'engage fréquemment à n'accomplir aucun acte important durant cette période sans en référer à la société absorbante²⁰.

314. On peut regretter que, parmi les conditions de la fusion ou de la scission, le décret n'impose pas la mention de l'existence d'administrateurs, de membres du directoire ou du conseil de surveillance, communs entre les sociétés intéressées, car une telle circonstance est susceptible d'éclairer d'un tout autre jour le principe et les modalités de l'opération projetée. Un arrêt de la Cour de cassation de 1963 semblait d'ailleurs faire de l'information des actionnaires au sujet de la communauté d'administrateurs une condition de validité de la décision de fusion²¹. Il est vrai qu'en vertu de l'article 135 chiffre 1 DSC, les actionnaires doivent recevoir avant toute assemblée générale, donc également avant l'assemblée qui statuera sur la fusion, des renseignements sur l'identité, soit des administrateurs et directeurs généraux, soit des membres du conseil de surveillance et du directoire, avec, « le cas échéant, l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance ». Peut-être ne serait-il

¹⁹ Cheminade, *Rev. trim. dr. com.* 1970, p. 26.

²⁰ Baudeu-Bellargent, *fasc. 164-C*, n. 11.

²¹ *Com.* 7 juin 1963, *J.C.P.* 1963.II.13374 ; *D.* 1963.Somm.103 ; *D.* 1964.308, note Dalsace ; *S.* 1964.3, note Autesserre. Voir Baudeu, p. 167-168.

pas inutile, cependant, d'attirer l'attention des actionnaires par une mention spéciale dans le projet de fusion ou de scission. En l'absence d'une telle mention, il faut sans doute décider que la communauté d'administrateurs doit être expressément signalée aux assemblées générales²².

Les chiffres 2 à 5 de l'article 254 DSC insistent sur certaines des conditions de la fusion ou de la scission, dont la mention dans le projet est rendue obligatoire.

2. Les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération.

315. On peut rappeler ici que la valeur de l'apport de la société ou des sociétés reprises, celle des actions d'apport et, par conséquent, le taux d'échange des droits sociaux sont, par la force des choses, déterminés sur la base de comptes antérieurs à la réalisation de l'opération et même à la rédaction du projet de fusion ou de scission. Mais le patrimoine transmis est dévolu à la société reprenante « dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération » (art. 165 DSC). Or, entre la date de l'établissement des comptes, qui est normalement, mais pas nécessairement²³, la même pour toutes les sociétés en cause, et celle de la réalisation de l'opération, chacune des sociétés poursuit son activité et son patrimoine est sujet à des fluctuations constantes. Les variations du patrimoine de la société reprise affectent la valeur de l'apport dont la rémunération est déjà déterminée, tandis que les fluctuations intervenant dans la société reprenante modifient la valeur des actions d'apport dont le nombre a été fixé en fonction d'une valeur antérieure.

316. Il est donc très important pour les actionnaires de connaître les dates — ou plutôt, en général, la date unique — auxquelles ont été établis les comptes servant de base de calcul aux conditions de l'opération, afin de pouvoir juger si ces conditions demeurent actuelles. Cette information ne prend cependant tout son intérêt que si l'actionnaire a connaissance des fluctuations intervenues dans le patrimoine des sociétés en cause depuis l'établissement des conditions de la fusion ou de la scission. Or, comme nous allons le voir, ce sont là des renseignements qui n'ont pas, en droit français, à être mentionnés dans le projet de fusion ou de scission.

²² Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 6.

²³ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 17.

3. *La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue.*

317. La mention de la consistance et de la valeur des apports est sans doute possible, un renseignement important pour les actionnaires. En vertu de l'article 254 alinéa 3 DSC, le projet ou une déclaration qui lui est annexée doit en outre exposer les méthodes d'évaluation utilisées. Ces renseignements sont corroborés par les rapports spéciaux des commissaires aux comptes de chaque société et par le rapport des commissaires aux apports de la société reprenante.

Si le chiffre 3 de l'article 254 alinéa 2 DSC, dans sa rédaction résultant du décret du 2 janvier 1968, mentionne l'actif et le passif *dont la transmission est prévue* et non, comme dans le texte original, l'actif et le passif *qui seront transmis*, c'est bien entendu parce que la consistance définitive du patrimoine transmis est indéterminable et que les indications du projet de fusion n'ont sur ce point qu'un caractère indicatif²⁴.

318. Afin de pouvoir apprécier en toute connaissance de cause les conditions de l'opération et, en particulier, le rapport d'échange des actions, les actionnaires devraient cependant recevoir des informations comptables non seulement sur les sociétés reprises, mais également sur les sociétés reprenantes. Il est regrettable que les rédacteurs du décret n'aient pas poussé jusque-là leurs exigences²⁵.

Les commentateurs ont également déploré, à juste titre, que le texte réglementaire n'ait pas imposé, plutôt qu'une évaluation globale, « une présentation par grandes masses... tant pour l'actif (immobilisation, valeurs d'exploitation, valeurs réalisables à court terme, valeurs disponibles) que pour le passif (passif à court terme, passif privilégié, etc.) »²⁶, et n'ait pas exigé l'indication du montant des engagements hors bilan des sociétés en cause. Mais pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les directives de la C.O.B. recommandent une présentation par grandes masses de l'actif et du passif²⁷.

Nous pensons, d'autre part, que le décret aurait dû prévoir l'obligation d'annexer au projet de fusion ou de scission, lorsque la date d'arrêté des comptes est antérieure de plus de six mois au jour où est convoquée la dernière des assemblées générales appelées à se prononcer sur l'opé-

²⁴ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 17.

²⁵ Hémard, Terré, Mabilat, p. 206.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 16.

ration, une mise à jour comptable permettant aux actionnaires de chaque société de juger si la fusion ou la scission reste souhaitable aux conditions envisagées²⁸.

4. *Le rapport d'échange des droits sociaux.*

319. C'est bien là pour les actionnaires, en particulier pour ceux de la société apporteuse, l'information fondamentale puisque c'est du rapport d'échange des actions que va dépendre le maintien de leurs droits. Ce qui est le plus intéressant à ce sujet dans le texte de l'article 254 DSC, c'est l'obligation de donner, dans le projet lui-même ou dans une déclaration annexée, « les motifs du choix du rapport d'échange des droits sociaux ». Cette justification, sur laquelle les commissaires aux comptes de chacune des sociétés seront amenés à donner leur avis, est, bien entendu, de la plus grande utilité pour les actionnaires des deux sociétés qui pourront ainsi apprécier, au-delà de l'opportunité de l'opération projetée sur le plan de l'intérêt social, le caractère équitable ou inéquitable des conditions proposées en ce qui touche à leurs droits.

Relevons au passage qu'en parlant des « motifs du choix du rapport d'échange », les rédacteurs du décret ont mis en lumière le fait, déjà souligné, que « la rémunération des apports n'est pas nécessairement la résultante mathématique des valeurs d'apport », mais « résulte nécessairement d'une négociation entre les parties qui laisse place à un certain *arbitraire* »²⁹.

5. *Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission.*

320. On peut remarquer que ce montant, qui est égal à la différence entre la valeur de l'apport et le montant de l'augmentation de capital de la société reprenante, résulte arithmétiquement de renseignements donnés par ailleurs dans le projet.

Si le texte mentionne le montant *prévu* de la prime de fusion ou de scission, c'est que le montant réel et définitif de cette prime ne sera connu qu'une fois l'opération effectivement réalisée, puisqu'il dépend de la valeur de l'apport au moment où celui-ci est effectué³⁰.

²⁸ Comp. art. 5, § 3, litt. c) de la proposition de directive européenne sur les fusions (J.O. des Communautés européennes, N° C 89 du 14.7.1970, p. 20).

²⁹ Chuilon, J.C.P. 1970.I.2350, n. 14 et 16 ; *supra*, n. 238.

³⁰ Baudeu, p. 182.

Il faut signaler que la prime de fusion fait parfois, dans les comptes de la société absorbante, l'objet d'une utilisation immédiate sous forme d'imputation des frais relatifs à l'opération de fusion, de dotation de la réserve légale afin de la porter à dix pour cent du nouveau capital social, de constitution de provision pour fluctuation du portefeuille apporté, etc, ces prélèvements ayant pour effet de diminuer le montant définitif de la prime de fusion par rapport au chiffre indiqué dans le projet. Ces prélèvements sont décidés par l'assemblée extraordinaire des actionnaires de la société reprenante. Certains auteurs suggèrent, d'une part, que ces prélèvements envisagés sur la prime de fusion ou de scission devraient être mentionnés dans le projet et, d'autre part, que les actionnaires de l'absorbée comme ceux de l'absorbante devraient être appelés à les approuver ³¹.

6. *Autre rubriques du projet de fusion ou de scission.*

320-1. Outre les mentions expressément prévues par l'article 254 DSC, on peut encore trouver, dans le projet de fusion ou de scission, diverses autres rubriques imposées par d'autres dispositions légales ou réglementaires ³². Ainsi, en vertu de l'article 380 alinéa 3 LSC, c'est le contrat de fusion qui fixe les conditions dans lesquelles tout obligataire de la société absorbée qui n'a pas demandé le remboursement conserve sa qualité dans la société absorbante. Divers textes fiscaux prévoient en outre certains engagements ou énonciations qui doivent figurer dans le projet de fusion ³³. En matière d'intéressement des travailleurs, l'engagement par la société reprenante, dans le contrat de fusion, de se substituer à la société reprise en ce qui concerne les droits des salariés est une condition pour que la réserve spéciale de participation reste bloquée au sein de la société absorbante. Enfin, certaines énonciations sont nécessaires si l'apport comprend certaines catégories de biens, en particulier un fonds de commerce ou des immeubles. Nous ne mentionnons que pour mémoire tous ces points qui n'intéressent pas au premier chef l'information des actionnaires.

³¹ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 21. Voir *ibid.*, les réticences de la C.O.B. à l'égard de ces utilisations de la prime. Voir également Bull. mens. de la C.O.B., n. 38, mai 1972 ; J.C.P. 1972.III.32976 ; Rev. soc. 1972, 579. *Adde* : avis du Conseil national de la Comptabilité du 8 avril 1970, Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 20.

³² Sur tous ces points, voir, pour plus de détails, Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 27.

³³ Cf. le contrat de fusion Saint-Gobain Pont-à-Mousson, précité sous note 14.

Bien entendu, le projet de fusion ou de scission peut encore comprendre des rubriques facultatives concernant les particularités de l'opération projetée, la composition envisagée du conseil d'administration de l'absorbante après fusion, etc.

B. La publicité du projet de fusion ou de scission.

321. Aux termes de l'article 139 alinéa 2 DSC, le projet de fusion ou de scission doit être tenu, au siège de chaque société, à la disposition des actionnaires, à compter de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur l'opération et au moins quinze jours avant la réunion. On peut seulement remarquer à ce sujet que le délai d'information de quinze jours est un peu bref pour permettre aux actionnaires d'étudier tous les aspects de l'opération.

322. L'un des traits les plus originaux du nouveau régime des fusions et scissions est d'imposer la publicité du projet avant son examen par les assemblées générales des sociétés intéressées. Cette publicité, destinée aux tiers, n'intéressant guère les actionnaires eux-mêmes³⁴, nous ne ferons qu'en mentionner les modalités.

Une première mesure de publicité consiste dans le dépôt du projet au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés participantes (art. 374 al. 1 LSC).

En outre, le projet fait l'objet d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département du siège social, par chacune des sociétés participant à l'opération, et au B.A.L.O. lorsque l'une au moins de ces sociétés fait publiquement appel à l'épargne. Cet avis reprend, pour l'essentiel, les mentions du projet de fusion ou de scission (art. 255 DSC).

§ 2. Le rapport spécial des commissaires aux comptes.

323. Avant 1966, le seul contrôle existant était celui des commissaires aux apports de la société ou des sociétés reprenantes. L'article 377 LSC a ajouté à ce contrôle celui des commissaires aux comptes de chaque société participante.

Ce rapport est exigé par la loi en cas de fusion, que ce soit par absorption ou par combinaison, et en cas de scission réalisée par apports à

³⁴ Les actionnaires sont toutefois protégés par le contrôle de la publicité exercé par la C.O.B. ; voir A. Vène, La protection des actionnaires lors des fusions de sociétés, *Le Monde* 5-6 mai 1968, p. 22.

des sociétés anonymes existantes (art. 382 LSC). On peut se demander ce qu'il en est de l'hypothèse d'une scission réalisée par apports à des sociétés anonymes nouvelles qui reçoivent, en même temps que celui de la société scindée, l'apport d'une autre société préexistante (fusion-scission par combinaison) ; nous pensons que ce cas est couvert par l'article 382 LSC, ou du moins que cette disposition lui est applicable par analogie.

En revanche, la loi n'impose pas de rapport spécial des commissaires en cas de scission réalisée au profit de sociétés nouvelles³⁵ ; dans ce cas, en effet, seuls sont en cause les actionnaires de la société qui se démembre, et leurs intérêts ne sont en principe pas menacés puisque chacun doit recevoir une part proportionnelle des actions de chaque société nouvelle et conserver ainsi ses droits sur l'ensemble du patrimoine scindé. En fait, on peut se demander si un rapport spécial des commissaires aux comptes de la société démembrée ne serait pas utile en cas de scission *ratione personae* afin de fournir aux actionnaires une appréciation objective des conditions de l'opération. Même en cas de scission normale, la fixation des parités d'échange peut empêcher les petits porteurs de recevoir des actions de certaines des sociétés reprenantes nouvelles parce que celles-ci ne peuvent être obtenues que contre un nombre important de titres de la société scindée³⁶. Un rapport des commissaires aux comptes permettrait peut-être aux actionnaires de savoir si la fixation d'une telle parité répond réellement à une nécessité.

324. Un rapport spécial doit être établi par les commissaires aux comptes de chacune des sociétés intéressées, à l'intention de l'assemblée générale de cette société. Pour l'accomplissement de leur tâche, les commissaires reçoivent, du conseil d'administration ou du directoire de la société qu'ils contrôlent, le projet de fusion ou de scission et ses annexes, et ce quarante-cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale appelée à statuer sur ledit projet (art. 256 DSC). Ils peuvent en outre obtenir communication de tous documents utiles auprès de toutes les sociétés intéressées, et non seulement de celle qu'ils contrôlent (art. 377 LSC)³⁷. Ils ont le droit de se faire assister d'experts de leur choix,

³⁵ *Contra* : Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 66.

³⁶ *Supra*, n. 219 et note 17 sous n. 225.

³⁷ D'après la C.O.B., les commissaires aux comptes doivent également pouvoir prendre connaissance du rapport des commissaires aux apports. Certes, les commissaires aux comptes doivent déposer leur rapport quinze jours avant l'assemblée générale (art. 257 DSC) alors que le dépôt du rapport des commissaires aux apports ne doit intervenir que huit jours avant la même assemblée (art. 65 et 169 DSC). Mais l'art. 377 LSC prévoyant que les commissaires aux comptes présentent leurs observations sur la rémunération des apports et qu'ils peuvent obtenir communication de tous documents utiles, il ne fait pas de doute, pour la C.O.B., qu'ils peuvent notamment prendre connaissance du rap-

ce qui peut être nécessaire compte tenu notamment des compétences techniques requises pour l'évaluation de certains éléments d'actifs.

Le rapport des commissaires porte, aux termes de l'article 377 LSC, « sur les modalités de la fusion et, plus spécialement, sur la rémunération des apports faits à la société absorbante », autrement dit sur le rapport d'échange des titres. Il devra donc contenir leur appréciation sur l'évaluation des apports, sur la valeur attribuée aux actions de la société ou des sociétés reprenantes pour calculer la rémunération de ces apports, le cas échéant sur les motifs du choix du rapport d'échange si ce rapport s'écarte du résultat arithmétique des évaluations précédentes, enfin, le cas échéant, sur les autres conditions financières de l'opération. En fait, les « modalités de la fusion » doivent s'entendre de toutes les conditions et caractéristiques de l'opération.

MM. Baudeau et Bellargent estiment à juste titre qu'outre la mission particulière définie par l'article 377 LSC, les commissaires aux comptes doivent également, à l'occasion de la fusion, exercer leur mission « permanente » de contrôle, prévue par l'article 228 LSC. C'est ainsi qu'il leur appartient de vérifier la sincérité des informations données par le conseil d'administration sur les conditions de l'opération. Sans doute entre-t-il également dans leurs attributions de renseigner les actionnaires sur les changements pouvant se produire entre la date d'arrêt des comptes et l'assemblée générale dans la consistance et la valeur du patrimoine transmis ³⁸.

325. Pour la société reprenante, on peut se demander si le rapport des commissaires aux comptes ne fait pas double emploi avec celui des commissaires aux apports. Si l'intervention des premiers a néanmoins été jugée nécessaire par le législateur, c'est, ainsi qu'en témoignent les travaux préparatoires de la loi de 1966, dans le souci de prémunir les actionnaires de la société absorbante contre toute surprise quant au passif de la société absorbée ³⁹. On voit mal, en fait, pourquoi l'importance du passif repris pourrait échapper aux investigations des commissaires aux apports et pourquoi seuls les commissaires aux comptes seraient à même de l'apprécier à sa juste valeur.

port des commissaires aux apports. Une liaison est donc souhaitable entre commissaires aux comptes et commissaires aux apports ; voir Bull. mens. de la C.O.B. déc. 1969 ; J.C.P. 1970, éd. C.L., 87549 ; Code des sociétés Dalloz, 1971, note sous art. 257 DSC, p. 341. Une telle coopération existe dans la pratique ; voir Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C n. 59 ss.

³⁸ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 57.

³⁹ Déclaration Pleven à l'Assemblée nationale, J.O. Déb. Ass. nat. 9 juin 1965, p. 1900.

Quoi qu'il en soit, l'intervention des commissaires des sociétés intéressées revêt, du point de vue de l'information des actionnaires, un intérêt considérable. Le projet de fusion ou de scission est établi par les conseils d'administration ou les directoires des sociétés en cause, donc par des personnes qui, en ayant pris l'initiative, sont toutes acquises à l'opération envisagée. Afin d'assurer aux actionnaires une information tout à fait objective, il est important que les conditions du projet soient appréciées par des personnes présentant toutes les garanties de compétence et d'indépendance. Depuis les récentes réformes dont la profession a fait l'objet⁴⁰, les commissaires aux comptes doivent présenter ces garanties puisque leur inscription sur une liste officielle des commissaires de sociétés atteste leur aptitude professionnelle, qu'ils sont soumis à un certain nombre de règles déontologiques et à un régime d'incompatibilités destiné à assurer leur complète indépendance à l'égard des sociétés qu'ils contrôlent.

Comme le projet de fusion ou de scission, le rapport des commissaires aux comptes est tenu, au siège social, à la disposition des actionnaires pendant les quinze jours précédant l'assemblée générale⁴¹.

§ 3. *Le rapport des commissaires aux apports.*

326. L'article 378 LSC renvoie, pour l'approbation de l'apport-fusion par la société absorbante, à l'article 193 relatif à l'augmentation de capital par apports en nature, et l'article 382 LSC déclare l'article 378 applicable en cas de scission réalisée par apports à des sociétés anonymes existantes. En cas de fusion par combinaison, il résulte des articles 379 *in fine* LSC et 258 DSC que l'article 80 LSC relatif à la vérification des apports en nature s'applique à la constitution de la société nouvelle. Dans ces trois cas — fusion par absorption ou par combinaison, scission par apports à des sociétés préexistantes — il y a donc lieu de faire désigner un commissaire aux apports pour la société ou chacune

⁴⁰ Dct n. 69-810 du 12 août 1969 ; voir notamment Mabilat, *Rev. soc.* 1970.1.

⁴¹ Art. 257 et 139 al. 2 DSC. On peut remarquer que la seconde disposition permet aux actionnaires de prendre connaissance du rapport « à compter de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée spéciale et au moins pendant le délai de quinze jours qui précède la date de la réunion », alors que le premier texte dit seulement « pendant le délai de quinze jours qui précède la réunion de l'assemblée ». Voir Hémard, Terré, Mabilat, p. 209. Le rapport des commissaires peut-il donc être mis à la disposition des actionnaires après la convocation pourvu que ce soit quinze jours au moins avant l'assemblée ?

des sociétés reprenantes. Il en est de même, conformément à l'article 80 LSC, en cas de scission au profit de sociétés nouvelles destinées à recevoir, outre l'apport de la société scindée, celui d'une autre société.

Le cas de la scission réalisée par apports à des sociétés nouvelles constituées sans autre apport que celui de la société démembrée laisse place à l'incertitude. L'article 383 alinéa 2 LSC dispose qu'« il n'y a pas lieu à vérification de l'évaluation des biens apportés par la société scindée », et l'article 259 DSC ne mentionne pas l'article 80 LSC parmi les dispositions de la loi applicables à la constitution des sociétés nouvelles issues de la scission. Cependant, l'article 260 DSC dispose : « Les commissaires aux apports vérifient notamment que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société nouvelle issue de la fusion. — La même vérification est faite en ce qui concerne le capital des sociétés bénéficiaires de la scission. » Rien dans la lettre de cette disposition ne limite son application au cas de scission au profit de sociétés existantes. Faut-il déduire de la combinaison de ces divers textes qu'il est nécessaire de faire désigner un commissaire aux apports mais que le rôle de ce dernier se borne à vérifier dans chacune des sociétés nouvelles que le capital annoncé est bien constitué, grâce à l'actif net apporté par la société scindée⁴² ? Cette interprétation ne nous satisfait pas. Comment, en effet, le commissaire pourrait-il vérifier que le capital social est bien constitué, sans apprécier la valeur des apports en nature, ce qui est son rôle normal aux termes de l'article 80 LSC ? Sans limiter la tâche du commissaire, la dispense de vérification des apports en nature, résultant de l'article 383 alinéa 2 LSC, équivaldrait seulement à réduire le contenu de son rapport. Ce n'est certainement pas là l'intention du législateur et nous pensons plutôt que la dispense de vérification des apports a pour corollaire l'inutilité de la nomination d'un commissaire aux apports. L'article 260 DSC ne s'appliquerait donc pas à la scission directe de l'article 383 LSC⁴³, bien qu'aux termes de l'article 371 alinéa 3 LSC ce soit à cette opération seule qu'est réservé l'appellation de scission dans la terminologie du législateur.

327. Depuis la loi de 1966, les commissaires aux apports sont désignés par le président du Tribunal de commerce statuant sur requête, et sont choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article 219 LSC ou parmi les experts inscrits sur une liste établie par

⁴² Baudeu-Bellargent, fasc. 164-G, n. 80.

⁴³ En ce sens, semble-t-il, Hémard, Terré, Mabilat, p. 212

les cours et tribunaux (art. 64 DSC). Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article 220 LSC (art. 193 al. 1 LSC). Leur désignation doit être requise par le président du conseil d'administration ou du directoire de la société reprenante si elle est préexistante (art. 193 al. 1 LSC)⁴⁴. En cas de création de société nouvelle, la requête émane du président du conseil d'administration ou du directoire de l'une ou l'autre des sociétés apporteurs ou de toutes deux (art. 80 al. 1 LSC).

Les commissaires aux apports peuvent se faire assister dans leur mission par des experts de leur choix (art. 64 al. 3 DSC). Ils ont pour tâche d'apprécier, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers (art. 80 al. 2 et 193 al. 2 LSC) et de « vérifier notamment que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante ou au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion », la même vérification étant faite en ce qui concerne le capital des sociétés bénéficiaires de la scission (art. 260 DSC). Leur rapport est mis à la disposition des actionnaires huit jours au moins avant l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante ou l'assemblée générale constitutive de la société nouvelle (art. 65 et 169 al. 2 DSC).

328. Le rapport des commissaires aux apports vise principalement à protéger les droits des tiers en assurant une libération intégrale du capital social. Mais il constitue, au premier degré, une mesure d'information des actionnaires de la société reprenante, ou de ceux des sociétés apporteurs s'il y a constitution de société nouvelle. On peut seulement se demander si cette mesure s'impose vraiment en cas de fusion ou de scission, compte tenu de l'existence d'un rapport spécial des commissaires aux comptes. Relevons à cet égard que la proposition de directive européenne sur les fusions internes de sociétés anonymes⁴⁵ dispense les législateurs nationaux d'imposer, en cas de fusion, la vérification des apports en nature prévue par la première directive de 1968, en raison de l'exigence d'un rapport spécial établi pour chaque société par des experts indépendants qui peuvent être les personnes chargées du contrôle des comptes de la société⁴⁶. On constate qu'en pratique, le rapport des commissaires aux comptes et celui des commissaires aux apports se ressemblent à s'y méprendre. Tout au plus pourrait-on invoquer, en

⁴⁴ Sur la procédure de désignation, voir Baudeu, p. 219-220.

⁴⁵ Art. 7 § 2.

⁴⁶ Proposition de directive, art. 5 § 2.

faveur de l'objectivité du second, le surcroît d'indépendance que confère aux commissaires aux apports leur désignation par décision de justice ⁴⁷.

§ 4. *Les autres documents d'information des actionnaires.*

329. Outre le projet de fusion ou de scission, le rapport des commissaires aux comptes et celui des commissaires aux apports, les actionnaires ont à leur disposition, avant l'assemblée générale, un certain nombre de documents et de renseignements complémentaires, en vertu des dispositions de droit commun.

En application de l'article 135 DSC, chacune des sociétés doit adresser ou mettre à la disposition de ses actionnaires, avant l'assemblée générale appelée à statuer sur la fusion ou la scission, les renseignements ou documents suivants :

1. des indications relatives aux administrateurs et directeurs généraux ou aux membres du directoire et du conseil de surveillance, avec notamment la mention des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions analogues, ce qui permet aux actionnaires de déceler, le cas échéant, l'existence d'administrateurs communs entre les sociétés intéressées ;

2. le texte des projets de résolution ;

3. le rapport du conseil d'administration ou du directoire qui sera présenté à l'assemblée générale, ainsi que, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance ; ce rapport peut compléter utilement les indications du projet de fusion ou de scission, notamment en ce qui concerne les motifs et les buts de l'opération ; lorsque l'une des sociétés fait publiquement appel à l'épargne, la C.O.B. exige l'établissement d'une annexe au rapport du conseil d'administration, comportant notamment des renseignements sur la répartition du capital de chaque société avant la fusion, ainsi qu'un résumé du projet de fusion (évaluation et rémunération des apports, motifs, buts et conditions de l'opération, etc.) ⁴⁸.

4. lorsque l'ordre du jour comporte la nomination d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance, ce qui est fréquent en cas de fusion dans la société absorbante, des renseignements sur l'état-civil

⁴⁷ Voir cependant la conception selon laquelle le commissaire aux apports interviendrait comme une sorte de « surarbitre » entre les commissaires aux comptes des sociétés en cause : Ph. Simon, De la désignation du commissaire aux apports par le magistrat, Cote Desfossés 18 nov. 1967 ; Vers une articulation collégiale du commissariat, Rev. soc. 1969, p. 107-108.

⁴⁸ Voir Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 12, 62 ; Bull. C.O.B. n. 9, oct. 1969 ; J.C.P. 1969, éd. C.I., 87167.

des candidats, sur leurs références et leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années, sur les emplois ou fonctions occupés dans la société et le nombre d'actions qu'ils détiennent ;

330. Sans revenir sur le détail des documents communiqués, de façon temporaire ou permanente, aux actionnaires ⁴⁹, relevons que le droit de chaque actionnaire d'obtenir en tout temps communication des documents sociaux concernant les trois derniers exercices lui permet de situer l'opération projetée par rapport à l'évolution de la société et d'apprécier, dans cette perspective, son opportunité ; il en va de même de l'exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé, accompagné d'un tableau des résultats des cinq derniers exercices, qui doit, conformément à l'article 133 chiffre 3 DSC, être joint à toute formule de procuration. On pourrait souhaiter que, conformément à la proposition de directive européenne sur les fusions ⁵⁰, ces documents concernant les trois derniers exercices soient accessibles, pour chaque société, aux actionnaires de toutes celles qui participent à l'opération.

331. En conclusion, on peut considérer que, malgré quelques faiblesses que nous avons relevées chemin faisant, le système français d'information des actionnaires en cas de fusion ou de scission est assez complet et satisfaisant ⁵¹. Le législateur suisse, qui n'assure, à l'heure actuelle, qu'une information parcimonieuse aux actionnaires, pourrait utilement s'en inspirer.

⁴⁹ Voir *supra*, n. 117 ss.

⁵⁰ Art. 5 § 3 litt. b.

⁵¹ On trouvera une bonne récapitulation de tous les documents d'information préalable des actionnaires en cas de fusion *in* Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 62. Sur les recommandations de la C.O.B. concernant les informations à donner aux actionnaires à l'occasion de la fusion, voir le Bull. mens. de la C.O.B., décembre 1972.

CHAPITRE III

LA DÉCISION DE FUSION OU DE SCISSION

332. Nous avons souligné, dans notre première partie, que l'information des actionnaires n'avait tout son sens que dans la mesure où elle leur permettait de participer utilement à la formation de la volonté sociale¹. Au cours du chapitre précédent, nous avons vu, d'autre part, que l'information des actionnaires en cas de fusion ou de scission se fondait sur les documents préalables aux assemblées générales appelées à statuer sur l'opération projetée. C'est maintenant à la formation de la volonté sociale que nous devons nous attacher.

Dans une première section, il s'agira tout d'abord de déterminer dans quels cas une décision de l'assemblée générale est ou n'est pas nécessaire dans chacune des sociétés intéressées. Nous délimiterons ensuite l'objet de la décision de fusion ou de scission, puis dans une troisième section, nous déterminerons les conditions de quorum et de majorité auxquelles cette décision est soumise. La section IV traitera des assemblées spéciales qui doivent, dans certains cas, ratifier les décisions des assemblées générales.

La constitution de la société ou des sociétés nouvelles issues de la fusion ou de la scission est, nous l'avons dit, une mesure d'exécution du contrat de fusion ou de scission². Aussi ce problème devrait-il, logiquement, être traité dans le prochain chapitre, relatif à la réalisation de l'opération. Il nous a pas paru satisfaisant, cependant, de renvoyer l'étude de la constitution de la société nouvelle au chapitre suivant, alors que la décision d'augmentation de capital de la société reprenante pré-existante, confondue avec la décision de fusion proprement dite, était abordée dans le présent chapitre. Notre cinquième section sera donc consacrée à la procédure de constitution de la société ou des sociétés nouvelles.

¹ *Supra*, n. 138.

² *Supra*, n. 291-292.

Section I : LA COMPÉTENCE DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE.

333. Alors que la nécessité d'une décision de l'assemblée générale de chacune des sociétés participant à la fusion ou à la scission résulte expressément, en droit français, des dispositions légales, le code suisse des obligations laisse planer une certaine incertitude en ce qui concerne la décision de fusion de la société absorbante en cas de fusion par absorption. En droit suisse toujours, l'absence de réglementation spécifique de la scission conduit à appliquer en la matière les dispositions générales, ce qui aboutit à des solutions variables de cas en cas selon les modalités concrètes de l'opération.

L'impossibilité de dégager des solutions communes aux deux systèmes juridiques nous oblige à examiner successivement, en trois paragraphes, la situation du droit français, celle du droit suisse en cas de fusion, enfin celle de la scission en droit suisse.

§ 1^{er}. La décision de fusion ou de scission en droit français.

334. Confirmant la doctrine et la jurisprudence antérieures, l'article 376 LSC dispose que « la fusion est décidée par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés absorbantes et absorbées ». Il ne fait pas de doute que ce texte, qui ne vise, si l'on s'en tient à sa lettre, que la fusion par absorption, impose également une assemblée générale extraordinaire des sociétés fusionnantes en cas de fusion par combinaison. La compétence de l'assemblée générale extraordinaire de ces sociétés résulterait d'ailleurs de toute façon, en l'absence de disposition spéciale, du fait que la fusion entraîne leur dissolution anticipée, que seule l'assemblée générale extraordinaire peut prononcer (art. 239 LSC).

En cas de scission réalisée au profit de sociétés anonymes existantes, l'article 382 LSC renvoie à l'article 376 LSC, et impose donc une décision de l'assemblée générale extraordinaire de la société scindée et de chacune des sociétés bénéficiaires des apports. Enfin, l'article 383 alinéa 1 LSC dispose que la scission réalisée par apports à des sociétés anonymes nouvelles est décidée par l'assemblée générale extraordinaire de la société scindée.

335. On peut remarquer que ces dispositions ne distinguent pas selon que l'opération entraîne ou non une augmentation de capital de la société reprenante. Certes, dans la règle, une augmentation de capital est néces-

saire, et toute la doctrine française paraît s'en tenir à cette hypothèse normale. Pourtant, les filiales à 100 % ne sont pas rares dans la pratique³, non plus que les absorptions de filiales par la société mère. La société qui en absorbe une autre dont elle détient toutes les actions ne procède pas à une augmentation de capital et n'aurait pas, en vertu des dispositions générales, à tenir d'assemblée générale extraordinaire. L'article 376 LSC lui en fait obligation. Pour les sociétés importantes désireuses d'absorber une petite filiale, la réunion d'une assemblée extraordinaire, avec les difficultés pratiques que cela implique compte tenu de l'exigence du quorum, peut apparaître comme une formalité particulièrement lourde que la protection des actionnaires ne requiert point. En effet, les actifs repris vont simplement remplacer, dans les comptes de la société absorbante, les actions de la filiale détenues jusque-là en portefeuille, et le fait que la société reprenante encoure désormais une responsabilité indéfinie du fait d'une entreprise dans laquelle sa responsabilité était auparavant limitée ne justifie pas une décision de l'assemblée générale, car l'administration est libre d'accroître les engagements de la société. Le législateur n'a manifestement pas envisagé cette hypothèse, que nous discuterons de manière plus approfondie à propos du droit suisse, et l'on ne peut exclure que la jurisprudence, si l'occasion s'en présente, soit amenée à écarter, dans ce cas, l'application de l'article 376 LSC^{3 bis}.

§ 2. *La décision de fusion en droit suisse.*

336. Il faut distinguer, en droit suisse, entre la situation de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes, et celle de la société absorbante en cas de fusion par absorption.

A. *La décision de fusion dans les sociétés reprises.*

337. L'article 748 CO, relatif à la fusion par absorption, ne dit rien de la procédure de décision. Mais l'article 649 CO soumet à un certain quorum de présence les « décisions qui ont pour objet une fusion ». L'application de cette disposition à la société absorbée ne fait aucun

³ Voir, à titre d'exemple, le schéma du groupe BSN au 1^{er} juin 1969, in Didier, p. 734-735.

^{3bis} Comp. Houin, note sous Civ. 16 nov. 1971, Rev. trim. dr. com. 1972, p. 422, qui remarque (p. 424) que les formes de la fusion par absorption sont mal adaptées au cas de l'absorption d'une filiale.

doute⁴. L'article 649 CO réserve, il est vrai, la disposition contraire des statuts, mais la doctrine admet à juste titre que si les statuts peuvent déroger aux conditions de quorum prévues par l'article 649, ils ne peuvent écartier le principe même de la compétence de l'assemblée générale pour les décisions énumérées par cet article⁵. La compétence de l'assemblée générale de la société absorbée résulterait d'ailleurs, en l'absence de disposition spéciale, du fait que la fusion entraîne sa dissolution (art. 649 al. 1 et 736 ch. 2 CO).

Remarquons qu'une décision de l'assemblée générale de la société absorbée est toujours nécessaire, même lorsque toutes ses actions sont détenues par la société absorbante, puisque la réunion de toutes les actions en une seule main ne fait pas disparaître la personnalité juridique distincte de la société à actionnaire unique, qui reste soumise à toutes les dispositions légales régissant les sociétés anonymes⁶.

338. La situation des sociétés fusionnantes en cas de fusion par combinaison est semblable à celle de la société absorbée lors d'une absorption. L'article 649 CO leur est applicable. L'article 749 alinéa 3 chiffre 2 CO dissipe d'ailleurs toute incertitude en disposant que « le contrat de fusion est approuvé par l'assemblée générale de chacune des anciennes sociétés ».

B. La décision de fusion dans la société absorbante.

339. La fusion entraîne normalement, pour la société absorbante, une augmentation de capital, et fréquemment d'autres modifications statutaires. La compétence de l'assemblée générale est alors évidente. En revanche, la nécessité d'une assemblée générale de la société absorbante est discutée lorsque la fusion ne donne pas lieu à une augmentation de capital. Nous examinerons cette question en droit positif et en droit souhaitable.

340. Dans l'état actuel de la législation, la solution dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 649 CO. Cette disposition prévoit, rappelons-le, que les « décisions qui ont pour objet une fusion » ne

⁴ Amrein, SAG 35, p. 349 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 58-59 ; Fischer, SJZ 26, p. 148 ; Frehner, p. 56-57 ; Geilinger, p. 95-96 ; Küry, p. 67 ; Lehmann, p. 44-45 ; F. von Steiger, p. 353 ; Siegwart, art. 649 CO, n. 10 ; Suter, p. 97-98 ; Zollikofer, p. 57-58.

⁵ Siegwart, art. 649 CO, n. 15 (implicitement) ; Suter, p. 97.

⁶ Küry, p. 99 ; F. von Steiger, p. 353. Sur ce principe général en dehors du cadre de la fusion, voir ATF 67.II.29 = JT 1941.I.249 ; ATF 86.II.171 = JT 1961.I.38.

peuvent être prises que par une assemblée générale où les deux tiers au moins de toutes les actions sont représentés. Cette disposition s'applique-t-elle seulement à la société reprise, ou également à la société absorbante ? On peut tenter de répondre à cette question en remontant aux travaux préparatoires de l'article 649 CO⁷.

L'article 627 alinéa 2 de l'ancien CFO soumettait au quorum de présence des deux tiers des actions « les décisions par lesquelles la société... fusionne avec une autre société », ce qui n'était pas plus clair que le texte actuel.

L'article 709 du projet Huber de 1919 était plus explicite, puisqu'il visait « les décisions par lesquelles la société... fusionne, soit en étant reprise par une autre société anonyme, soit en s'unissant à une autre société anonyme... ». La décision de fusion, soumise à certaines conditions de quorum, n'émanait donc que de la société absorbée, ou des sociétés fusionnantes en cas de combinaison. C'est la même solution que reprit, tout aussi nettement, le projet Hoffmann de 1923, qui visait, en son article 664, les « décisions... qui ont pour objet une fusion entraînant son absorption par une autre société anonyme ou son union avec une autre société de même nature ». Mais le troisième projet de révision des titres 24 à 33 du CFO, émanant du Conseil fédéral, ne parlait plus que des « décisions... qui ont une fusion pour objet » (art. 648), formule identique, à une inversion près, à celle de l'article 649 actuel. On était donc ramené à l'incertitude de l'ancien CFO, mais il est certain que, pour ses rédacteurs, le texte proposé ne comportait qu'un allègement de forme par rapport aux deux premiers projets.

341. Il semble qu'il y ait eu, dès le projet Hoffmann, un malentendu sur la portée de la disposition proposée. En effet, devant la Commission d'experts, Egger proposa, en 1925, de compléter les dispositions relatives à la fusion par absorption (art. 758 du troisième projet) par un amendement ainsi rédigé : « Die Beschlüsse müssen von beiden Gesellschaften nach den Bestimmungen über Fusionsbeschlüsse gefasst werden und bedürfen der öffentlichen Beurkundung ». Cet amendement était en contradiction avec l'article 664 du même projet, qui ne prévoyait pas de décision de l'assemblée générale de la société absorbante. Les membres de la Commission, et Egger lui-même, s'accordèrent pourtant à ne voir là qu'un amendement purement rédactionnel, qui fut renvoyé à la Commission de rédaction⁸.

⁷ Voir, sur ce point, Suter, p. 99 ss.

⁸ Procès-verbal de la Commission d'experts pour la révision des Titres XXIV à XXXIII CFO, 1925, p. 417 ss.

L'amendement Egger ne fut ni retenu dans le projet du Conseil fédéral de 1928, ni repris dans le texte définitif du Code des obligations révisé. Ce qui n'empêcha pas le rapporteur du projet de révision devant le Conseil des Etats, Thalmann, de déclarer, en 1931 : « Die Grundlage der Fusion bildet der von beiden Gesellschaften in notarieller Form verkündete Fusionsbeschluss »⁹.

Les travaux préparatoires de l'article 649 CO ne sont donc pas très éclairants. Si certains experts ont pu considérer, à l'époque, que ce texte devait s'appliquer tant à la société absorbante qu'à la société absorbée, il semble toutefois, si l'on suit la genèse de cette disposition à travers les trois projets de révision, que telle n'ait pas été l'intention du législateur. Aussi estimons-nous, avec la doctrine majoritaire, que l'article 649 CO, tout comme jadis l'article 627 alinéa 2 CFO, n'est applicable qu'à la société reprise¹⁰. Une décision de fusion de l'assemblée générale de la société absorbante n'est donc pas nécessaire, *de lege lata*, en l'absence d'augmentation de capital. C'est du reste là la solution qui prévaut en pratique, puisque le registre du commerce n'exige pas une telle décision pour l'inscription d'une fusion.

342. M. Suter adopte, dans sa thèse, un autre point de vue. Pour cet auteur, si le législateur n'a pas jugé nécessaire d'imposer dans tous les cas une décision de fusion de la société absorbante, c'est parce que l'on estimait alors que la fusion supposait toujours une augmentation de capital de la société absorbante, donc une décision de l'assemblée générale. Mais tel n'est pas toujours le cas et l'absorption d'une autre société menace les droits des actionnaires de la société absorbante même en l'absence d'augmentation de capital. On ne saurait donc laisser le conseil d'administration décider seul d'une fusion. Il y a là une lacune dans la protection des actionnaires de la société absorbante, lacune qu'il faut combler en déclarant l'article 649 CO applicable à la société absorbante¹¹.

C'est, à notre avis, admettre trop facilement l'existence d'une lacune de la loi. Le seul risque que courent la société absorbante et ses actionnaires, en cas de fusion sans augmentation de capital, est que l'entreprise absorbée comporte un passif excessif ou ne se révèle pas rentable. Mais c'est là un risque que le conseil d'administration pourrait prendre

⁹ Bull. stén. Conseil des Etats 1931, p. 611.

¹⁰ Amrein, SAG 35, p. 349 ; Faessler, p. 53 ; Frehner, p. 58-59 ; Geilinger, p. 96-97 ; Küry, p. 67-68 ; Lehmann, p. 50 ; Siegwart, art. 649 CO, n. 10 ; F. von Steiger, p. 353 ; Zollikofer, p. 61. *Contra* : Balastèr, p. 116 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 62 ; Suter, p. 104-105 ; Mellinger, p. 18 ss.

¹¹ Suter, p. 104-105.

dans les limites de ses pouvoirs et quitte à engager sa responsabilité, en reprenant avec actif et passif une entreprise qui ne revêtirait pas la forme d'une société anonyme. S'il y a lacune de la loi en cas de fusion, ne faudrait-il pas admettre, ce que personne ne songe à soutenir, qu'il en va de même dans tous les cas où une société anonyme reprend une entreprise avec actif et passif, que ce soit contre des espèces ou contre des actions déjà existantes, et que l'assemblée générale devrait, dans tous les cas, approuver cette reprise ?

Bürgi estime cependant que, du fait des risques que l'absorption d'une filiale comporte pour la société mère, cette opération ne peut rentrer dans la gestion courante qui est seule du domaine de l'administration ^{11 bis}. Cette solution nous paraît se heurter à l'article 721 alinéa 2 CO, en vertu duquel « l'administration est autorisée à prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux ».

343. *De lege lata*, une décision de l'assemblée générale de la société absorbante n'est donc nécessaire que si la fusion suppose, pour cette société, une augmentation de capital ou quelque autre modification statutaire. Ainsi, il n'y a pas à proprement parler de décision de fusion de l'assemblée générale de la société absorbante, puisque l'opération ne lui est soumise que par le biais des modifications statutaires qu'elle nécessite.

De lege ferenda, la discussion reste ouverte.

344. De prime abord, on est tenté de considérer que l'exigence d'une décision de l'assemblée générale serait de nature à protéger les actionnaires de la société absorbante contre la reprise d'une société déficitaire, ou contre la rémunération excessive de l'apport-fusion si celle-ci doit s'effectuer par la remise d'actions que la société absorbante elle-même détient en portefeuille. La question de l'opportunité d'une telle réforme, tant sur le plan théorique que d'un point de vue pratique, doit toutefois être approfondie. Les deux hypothèses dans lesquelles une fusion sans augmentation de capital est, en fait, concevable sont, d'une part, l'absorption d'une filiale à 100 % par la société mère et, d'autre part, le cas où la société absorbante possède un nombre suffisant de ses propres actions pour rémunérer intégralement l'apport de la société absorbée ¹².

^{11 bis} Bürgi, art. 748 CO, n. 62.

¹² Kury, p. 94 ss., 93 ; cet auteur ajoute le cas où la société absorbée possède des actions de l'absorbante (une augmentation de capital serait alors inutile si ces titres représentent 50 % de l'actif et peuvent donc être utilisés pour rémunérer l'autre moitié de l'apport) et celui où il y a identité d'actionnaires entre les deux sociétés.

345. Dans le cas de l'absorption d'une filiale, la valeur du patrimoine repris est égale à la valeur réelle — quelle que soit la valeur au bilan — des actions détenues par la société mère. Tant que l'actif de la société absorbée est supérieur à son passif, la société absorbante ne peut donc faire aucune perte du fait de la fusion. Le premier risque qu'elle court est celui d'un surendettement de la société reprise. Dans un tel cas, le seul préjudice subi par la société reprenante est égal au montant de l'excédent passif, puisque la valeur des actions qu'elle détenait avant la fusion était nulle. L'opération ne peut donc avoir pour but que d'éviter la faillite de la filiale, et l'opportunité d'une telle prise en charge du passif de cette société doit être appréciée en fonction de considérations de politique commerciale qui relèvent de la seule compétence du conseil d'administration. Il est certain, de toute manière, qu'une absorption dans de telles conditions ne sera qu'exceptionnelle et que les administrateurs de la société absorbante engageraient gravement leur responsabilité en décidant, sans que l'intérêt social le justifie, la reprise d'une filiale trop lourdement obérée¹³.

Le deuxième risque est que l'entreprise absorbée, bien que n'étant pas déficitaire au moment de la fusion, ne se révèle pas rentable à terme. Normalement, cela signifie que, si la fusion n'avait pas eu lieu, les actions de la filiale détenues par la société mère auraient de toute façon perdu leur valeur, et que l'absorption n'a pas entraîné de perte pour la société reprenante.

Finalement, l'absorption d'une filiale ne menace guère, à notre avis, les droits des actionnaires, pas plus en tout cas que des opérations, telle la reprise d'une entreprise avec actif et passif, qui entrent sans conteste dans les pouvoirs du conseil d'administration. D'un point de vue théorique, il s'agit là d'un acte de gestion du patrimoine social qui n'entre pas dans les compétences de l'assemblée générale. Ajoutons que l'exigence d'une décision de l'assemblée générale de la société absorbante, du moins si la loi imposait un quorum de présence, serait souvent bien gênante en pratique, compte tenu du fait que la filiale est parfois d'une importance négligeable par rapport à la société mère. C'est ainsi qu'il faudrait convoquer l'assemblée générale d'une grande banque ou d'une compagnie d'assurances à l'échelle nationale pour décider de l'absorp-

¹³ Sur l'annulation, pour abus de majorité, de la décision d'une assemblée générale décidant, sans que l'intérêt social le justifie, la prise en charge des dettes d'une filiale, voir, en droit français, Com. 29 mai 1972, J.C.P. 1973.II.17337, note Guyon.

tion de la filiale immobilière propriétaire des locaux d'une succursale ou d'une agence.

346. Le cas où la société absorbante remet aux actionnaires de la société absorbée les actions qu'elle détient en portefeuille semble, à première vue, toucher plus gravement les droits des actionnaires de la société reprenante car elle affecte la répartition du capital social.

Si l'on considère que les actionnaires ont, sur les actions détenues en portefeuille par la société émettrice, un droit de préemption proportionnel à leur participation et analogue au droit préférentiel de souscription, il faudrait une décision de l'assemblée générale pour leur imposer une renonciation à ce droit¹⁴. Mais, dans l'arrêt Knie de 1962, le Tribunal fédéral a nettement rejeté cette conception, en décidant, d'une part, que les actionnaires n'avaient aucun droit, au moment de leur aliénation, sur les titres détenus par la société émettrice et, d'autre part, que la décision d'aliéner ces titres appartenait, sauf disposition contraire des statuts, au conseil d'administration¹⁵. Là encore, si le conseil d'administration décide de remettre ces actions à des tiers en échange d'une entreprise qu'elle reprend avec actif et passif, c'est un acte de gestion du patrimoine social qui entre bien dans sa compétence. Peu importe, à cet égard, que l'entreprise absorbée soit exploitée sous la forme d'une société anonyme et que l'opération constitue une fusion au sens de l'article 748 CO.

347. En conclusion, nous ne pensons pas que le législateur doive imposer dans tous les cas une décision de fusion de l'assemblée générale de la société absorbante. Une telle exigence serait, en l'absence d'augmentation de capital et de toute autre modification statutaire, en contradiction avec le système général de répartition des compétences au sein de la société anonyme. Elle irait du reste à l'encontre des tendances modernes du droit de la société anonyme, qui ne sont pas en faveur d'un renforcement du rôle de l'assemblée générale. Il ne semble pas, en outre, qu'une telle mesure soit indispensable à la protection des actionnaires.

¹⁴ Comp. art. 652 CO pour la renonciation au droit de souscription.

¹⁵ ATF 88.II.98 = JT 1962.I.616. Il convient toutefois de remarquer que c'est là un arrêt de circonstance et que, comme le dit le TF, une décision en sens contraire aurait abouti à la paralysie de la société. Si l'on admet cependant le point de vue du TF, les limites de la liberté de l'administration dans l'utilisation des actions propres sont difficiles à tracer. Le conseil pourrait-il vraiment, par l'achat (au demeurant prohibé par l'art. 659 CO) et la revente des titres, redistribuer à sa guise les actions de la société ?

§ 3. *La décision de scission en droit suisse.*

348. En ce qui concerne la société appelée à se démembrer, la scission entraîne sa dissolution, et par conséquent une décision de l'assemblée générale est toujours nécessaire. Il ne s'agit toutefois pas forcément d'une véritable décision de scission ; c'est là un point sur lequel nous reviendrons dans la prochaine section, à propos de l'objet de la décision de l'assemblée générale.

349. La situation des sociétés reprenantes préexistantes est analogue à celle de la société absorbante en cas de fusion par absorption. Dans la mesure où une augmentation de capital est nécessaire, seule l'assemblée générale peut en décider. Si, en revanche, l'opération se réalise sans augmentation de capital, l'acceptation et la rémunération de l'apport de la société scindée relèvent de la compétence du conseil d'administration.

Section II : L'OBJET DE LA DÉCISION DE FUSION OU DE SCISSION.

350. Pour déterminer l'objet des décisions des assemblées générales des sociétés participant à une fusion ou à une scission, nous devons, une fois encore, mettre à part l'hypothèse de la scission en droit suisse. Auparavant, nous examinerons la situation des sociétés apporteurs, puis celle des sociétés reprenantes, en cas de fusion et en cas de scission selon le droit français.

§ 1^{er}. *La décision de fusion ou de scission dans les sociétés reprises.*

351. Ce que décident, en assemblée générale, la société absorbée en cas d'absorption, chacune des sociétés fusionnantes lors d'une combinaison, la société appelée à se démembrer s'il y a scission et, le cas échéant, chacune des sociétés préexistantes participant avec la société scindée à la création d'une société nouvelle, c'est, bien entendu, la fusion ou la scission elle-même¹⁶. C'est bien là l'objet de ces décisions. Mais la décision de fusion ou de scission se décompose elle-même en un cer-

¹⁶ Voir le texte des art. 649 al. 1 CO, 376 LSC.

tain nombre de résolutions qui doivent être inscrites à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

352. Il s'agit en premier lieu d'approuver le contrat ou le projet de fusion ou de scission¹⁷, puisque c'est ce document qui prévoit les conditions de l'opération et que c'est son approbation par l'assemblée générale qui engage chacune des sociétés participantes à l'égard des autres. L'article 749 alinéa 3 chiffre 2 CO dispose d'ailleurs expressément, pour la fusion par combinaison, que « le contrat de fusion est approuvé par l'assemblée générale de chacune des anciennes sociétés ». En principe, cette approbation du projet de fusion ou de scission suffit, puisque toutes les conditions de l'opération doivent y figurer. En particulier, une décision expresse de dissolution de la société apporteuse n'est en principe pas nécessaire¹⁸, puisque cette dissolution résulte, de par la loi, de la fusion elle-même. La pratique, en Suisse comme en France, est toutefois de faire décider la dissolution par l'assemblée générale¹⁹.

353. Si les statuts de la société ou des sociétés reprenantes ne font pas partie intégrante du projet de fusion²⁰ ou de scission, ils doivent également être soumis à l'assemblée générale des sociétés apporteuses et approuvés par elle, car les actionnaires dont les titres seront échangés se trouveront désormais soumis à ces statuts et l'opération est analogue, pour eux, à une modification statutaire. Cette position, défendue en Suisse par certains auteurs²¹, paraît être celle de la pratique dans notre pays. En cas de fusion par combinaison, elle résulte, à notre avis, de l'article 749 CO. En prévoyant que « le contrat de fusion est approuvé par l'assemblée générale de chacune des anciennes sociétés », l'alinéa 3 chiffre 2 vise, selon nous, non seulement le contrat de fusion au sens strict, mais l'ensemble de l'acte authentique imposé par le chiffre 1²², y compris

¹⁷ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 70 ; fasc. 164-E, n. 38 ; fasc. 164-G, n. 68.

¹⁸ Suter, p. 96-97 ; Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 70. *Contra* : Latscha, F3.

¹⁹ Voir Latscha, F4 (formulaires). L'ordre du jour de l'assemblée générale de J.R. Geigy SA du 20 oct. 1970, appelée à décider de l'absorption par CIBA SA, comportait la décision suivante : « Après approbation du contrat de fusion avec CIBA Société Anonyme et à la condition que la fusion soit exécutoire, l'Assemblée constate que la Société est dissoute, conformément à l'art. 748 CO. » Ainsi, la dissolution fait l'objet d'une résolution distincte, mais elle est simplement *constatée*. Décision ou constatation, la résolution relative à la dissolution ne revêt, de toute manière, qu'un caractère purement formel et pourrait être omise dès lors que la fusion est décidée.

²⁰ Ce qui pour Frehner, p. 61, serait nécessaire.

²¹ Häberling, p. 52 ; Kury, p. 65 ; Suter, p. 115.

²² Voir *infra*, n. 419.

les statuts de la société nouvelle. Certains praticiens semblent même estimer qu'outre l'approbation globale de l'ensemble des statuts de la société absorbante, une résolution spéciale de l'assemblée générale de la société absorbée est nécessaire pour adopter l'article de ces statuts relatif à l'apport-fusion et à sa rémunération²³ ; cette opinion se fonde sans doute sur une interprétation extensive et discutable de l'article 636 CO, qui s'appliquerait par analogie à la décision de la société absorbée. Cette décision de pure forme fait manifestement double emploi avec l'approbation du contrat de fusion, complétée par l'adoption globale des statuts de la société reprenante.

En France, la doctrine n'exige pas que l'assemblée générale de la société apporteuse se prononce sur les statuts de la société absorbante en cas de fusion par absorption. A notre avis, cela s'impose pourtant, tout comme en droit suisse, et l'on peut regretter que le législateur ne l'ait pas expressément prévu. Il en va de même en cas de scission par apports à des sociétés existantes.

En cas d'apports à une ou plusieurs sociétés nouvelles, M. Latscha estime que le projet de fusion ou de scission, qui sera approuvé par les assemblées générales, doit contenir « le projet de statuts de la société nouvelle, ou tout au moins ses dispositions essentielles »²⁴. Si nous sommes d'accord avec cet auteur pour considérer qu'il suffit que les actionnaires des sociétés reprises se prononcent sur les dispositions essentielles des statuts de la société nouvelle, c'est parce qu'ils auront, par la suite, à les approuver formellement en assemblée constitutive. Du moins doivent-ils en tout cas leur être soumis, dans leur substance, dès l'assemblée des sociétés apporteuses qui décide de la fusion ou de la scission.

354. L'assemblée générale de la société apporteuse doit encore se prononcer sur les ajustements préalables ou concomitants à l'opération que le contrat de fusion ou de scission peut imposer à cette société²⁵, notamment sur d'éventuelles augmentations ou réductions de capital destinées à permettre l'échange des titres sur des bases financières déterminées.

355. Toutes ces résolutions sont, en fait, dépourvues de signification propre et revêtent surtout un caractère formel, dans la mesure où elles ne font que confirmer et mettre en forme les clauses du contrat de fusion

²³ Voir le point 4 de l'ordre du jour de l'assemblée générale précitée de J.R. Geigy SA.

²⁴ Latscha, Z7, Z16 ; dans le même sens, Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 25.

²⁵ Voir *supra*, n. 250 ss.

ou de scission. Elles font partie intégrante de la décision de fusion ou de scission.

356. Avant la réforme des sociétés commerciales, l'usage était, en France, de nommer un liquidateur ou un délégué spécial chargé d'acquitter le passif dont la société apporteuse avait conservé la charge, ou d'en surveiller l'acquittement par la société reprenante²⁶. Aujourd'hui où le passif des sociétés apporteuses est nécessairement pris en charge par les sociétés reprenantes et où cette reprise de dettes est opposable aux créanciers, ce procédé n'a plus de sens²⁷.

357. Une dernière résolution de l'assemblée générale doit encore charger le conseil d'administration ou le directoire d'exécuter la fusion ou la scission en procédant aux mesures de publicité nécessaires et, en droit français, en convoquant s'il y a lieu — conjointement, le cas échéant, avec l'administration de l'autre société fusionnante — l'assemblée constitutive de la société ou des sociétés nouvelles.

358. Toutes les résolutions de l'assemblée générale forment un tout qui est la décision de fusion ou de scission au sens large du terme. Chacune d'elles est soumise à la condition, expresse ou tacite, de l'adoption des autres. Elles sont prises, d'autre part, sous la condition suspensive de l'approbation de l'opération par chacune des autres sociétés participantes, et de la réalisation définitive de la fusion ou de la scission²⁸.

§ 2. La décision des sociétés reprenantes.

359. Renvoyant à la section V la procédure de constitution de la société ou des sociétés nouvelles, nous n'examinerons ici que les résolutions de l'assemblée générale des sociétés reprenantes préexistantes : société absorbante en cas de fusion par absorption, sociétés bénéficiaires des apports en cas de fusion-scission.

360. Là encore, l'objet des décisions de l'assemblée générale est bien la fusion ou la scission elle-même. Il s'agit en premier lieu d'approuver le contrat de fusion ou de scission, ainsi que le prévoit l'article 376 LSC. Cette affirmation doit toutefois être nuancée en droit suisse puisque,

²⁶ Voir notamment Latscha, F4-F5 ; Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 70 ; *supra*, note 53 sous n. 32.

²⁷ Voir cependant Latscha, Z20, Z21.

²⁸ En France, la décision de scission est également soumise, en règle générale, à la condition que l'agrément ministériel visé à l'art. 16-1 L. 12 juillet 1965 soit obtenu ; voir Latscha, Z21.

comme nous l'avons dit, la fusion n'est approuvée que par le biais des modifications statutaires qu'elle nécessite ²⁹ ; du moins la décision d'augmentation de capital comporte-t-elle l'approbation du contrat de fusion.

361. Dans le cas normal où la société absorbante doit augmenter son capital, l'assemblée générale doit expressément statuer sur cette augmentation et modifier en conséquence ses statuts. En France, avant 1966, l'assemblée générale ne pouvait, dans un premier temps, qu'approuver le principe de l'apport-fusion et devait nommer un commissaire aux apports ; il fallait une seconde assemblée pour statuer sur le rapport de ce commissaire et constater la réalisation définitive de l'augmentation de capital ³⁰. Sous le régime actuel, le commissaire aux apports est, comme on l'a vu ³¹, désigné par décision de justice à la requête du conseil d'administration ou du directoire et son rapport est soumis à l'assemblée générale unique statuant sur la fusion. Cette assemblée peut donc décider définitivement l'augmentation de capital et la modification corrélative des statuts, sous réserve de l'approbation du projet de fusion ou de scission par l'assemblée générale de la société apporteuse si cette approbation n'est pas intervenue ; sous réserve également, en cas de scission, de la décision des autres sociétés bénéficiaires des apports puisque la scission forme un tout.

En droit suisse, on sait qu'une augmentation de capital peut se réaliser soit selon une procédure successive comportant une assemblée de décision et une seconde assemblée de constat, soit selon une procédure simultanée dans laquelle une seule assemblée décide l'augmentation et constate sa réalisation ³². Selon la procédure successive, l'assemblée générale de la société absorbante approuve tout d'abord le contrat de fusion et décide d'augmenter son capital ; une seconde assemblée doit intervenir, après que l'assemblée générale de la société apporteuse a approuvé le contrat de fusion et que la société absorbante en a été avisée, pour constater l'augmentation de capital ³³.

La fusion constituant, pour la société absorbante, une augmentation de capital par apport en nature, les nouvelles dispositions statutaires relatives à l'apport-fusion doivent faire l'objet d'une décision spéciale

²⁹ *Supra*, n. 343.

³⁰ Art. 4 Loi 24 juillet 1867.

³¹ *Supra*, n. 327.

³² Balastèr, p. 94 ss. ; Siegwart, art. 650 CO, n. 24 et 40 ; F. von Steiger, p. 294 ; Suter, p. 89.

³³ Voir l'art. 653 al. 1 CO. Balastèr, p. 94 ss. ; Siegwart, art. 650 CO, n. 25 ss. ; F. von Steiger, p. 294 ; Suter, p. 89.

de l'assemblée générale extraordinaire (art. 650 al. 2 renvoyant à l'art. 636 CO, art. 653 al. 1 *in fine*)³⁴. Lorsque l'augmentation de capital se réalise selon la procédure successive, on peut se demander au cours de laquelle des deux assemblées cette résolution spéciale doit intervenir. Alors que pour Siegwart³⁵, la décision approuvant les dispositions sur l'apport doit intervenir lors de la première assemblée, Schucany³⁶ estime au contraire que c'est dans le cadre de l'assemblée de constat qu'elle doit être prise. Nous pensons de même que seule l'assemblée de constat comporte un vote définitif sur les apports en nature, assimilable à celui de l'assemblée constitutive dans le cadre de l'article 636 CO, et que par conséquent c'est dans cette seconde assemblée que l'article des apports doit être approuvé.

En pratique, c'est plutôt la procédure simultanée qui, pour des raisons de simplification évidentes, est appliquée. Elle est sans autre possible lorsque l'assemblée générale de la société absorbée a déjà approuvé le contrat de fusion³⁷ ; même si ce n'est pas le cas, l'assemblée de la société absorbante qui statue sur la fusion peut décider d'augmenter son capital, constater la réalisation de cette augmentation, modifier ses statuts, et approuver spécialement l'article des apports, le tout sous condition suspensive de la décision de la société absorbée et de la réalisation définitive de la fusion³⁸.

362. L'assemblée générale doit encore statuer expressément sur toutes les autres modifications statutaires que l'opération peut impliquer.

Elle doit finalement charger le conseil d'administration ou le directoire de procéder aux mesures légales de publicité.

363. Comme pour les sociétés reprises, les diverses résolutions de l'assemblée générale des sociétés reprenantes sont étroitement liées et c'est leur ensemble qui constitue la décision de fusion au sens large. Chacune est soumise à la condition expresse ou tacite que les autres soient adoptées, et toutes sont prises sous condition suspensive de l'approbation de l'opération par les autres sociétés participantes.

³⁴ Bürgi art. 748 CO, n. 67.

³⁵ Siegwart, art. 650 CO, n. 31.

³⁶ Schucany, art. 653 CO, n. 3. Dans le même sens : Balastèr, p. 98-100 ; Jäggi, p. 200.

³⁷ Suter, p. 121.

³⁸ Voir le point 5 de l'ordre du jour de l'assemblée générale de CIBA SA du 20 octobre 1970, approuvant la fusion avec J.R. Geigy S.A.

§ 3. *La décision de scission en droit suisse.*

364. Le cas des sociétés préexistantes bénéficiaires d'apports ne pose pas de problèmes particuliers et leur situation est analogue à celle de la société absorbante en cas de fusion par absorption. Une décision de l'assemblée générale est nécessaire si la société doit augmenter son capital pour créer les actions qu'elle remettra à la société scindée, ou si la reprise entraîne la nécessité d'une autre modification statutaire, par exemple une extension du cercle des opérations (art. 649 CO). Dans le premier cas, la décision de l'assemblée générale porte sur le principe de l'augmentation de capital, sur l'approbation de l'apport en nature, et sur la modification corrélative des statuts. L'opération ne comportant en principe pas, comme en droit français, une convention de scission unique mais des conventions d'apport indépendantes entre la société démembrée et chacune des sociétés reprenantes, l'approbation de l'apport par l'assemblée générale de l'une de ces sociétés n'est pas, normalement, soumise à la condition d'une décision semblable des autres sociétés bénéficiaires des apports.

365. Pour la société qui se scinde, le contenu de la décision ou des décisions de l'assemblée générale dépend des conditions concrètes de réalisation de la scission. Normalement, on peut penser que l'administration va soumettre à l'assemblée générale l'ensemble de l'opération et lui demander de décider la dissolution de la société, la réalisation des divers apports aux sociétés reprenantes, préexistantes ou nouvelles, le cas échéant le principe de la constitution des sociétés nouvelles, enfin la répartition des actions reçues des sociétés reprenantes entre les actionnaires, à titre de parts de liquidation.

366. Mais l'opération peut aussi se réaliser par étapes, une partie des apports aux sociétés reprenantes étant effectuée avant la dissolution de la société apporteuse. La compétence respective du conseil d'administration et de l'assemblée générale pour décider de chacun de ces apports dépend de son importance par rapport à l'ensemble de l'exploitation sociale. Le conseil d'administration ne peut, à notre avis, faire apport d'une partie des actifs — et, le cas échéant, du passif correspondant — à une autre société, que dans la mesure où cet apport n'entraîne ni une réduction du cercle des opérations (art. 649 CO), ni une modification du but social (art. 648 CO). Ainsi, l'apport d'une branche d'activité a normalement pour conséquence une réduction de fait du cercle des opérations, l'apport de l'ensemble de l'exploitation sociale aux sociétés reprenantes transforme, aussi longtemps qu'elle n'est pas dissoute, la société appor-

teuse en une holding. Ces aliénations ne peuvent, selon nous, intervenir, tant que la société n'est pas dissoute, que comme des conséquences d'une décision de l'assemblée générale conforme aux articles 649 ou 648 CO, car l'on ne saurait admettre que le conseil d'administration fasse passer dans les faits, de sa seule autorité, une modification statutaire que la loi réserve à l'assemblée générale.

Si la société décide simplement sa dissolution avant la réalisation des divers apports aux sociétés reprenantes, on peut se demander si une résolution de l'assemblée générale sera nécessaire pour effectuer ces apports ou si la décision est de la compétence des liquidateurs. Une partie de la doctrine considère que les liquidateurs ne peuvent décider seuls d'aliéner en bloc les actifs sociaux³⁹ ; or la scission s'analyse en plusieurs cessions en bloc de parties du patrimoine social, et s'oppose ainsi à la réalisation isolée de chaque actif qui ferait normalement partie des tâches du liquidateur. Mais l'opinion selon laquelle la cession en bloc dépasse les compétences des liquidateurs nous paraît discutable et n'est en tout cas pas corroborée par les dispositions légales. La liquidation suppose normalement la vente des actifs contre des espèces, non leur échange contre des actions, et un auteur a pu considérer le droit à voir l'actif social transformé en numéraire comme un droit acquis absolu de l'actionnaire⁴⁰ ; mais nous ne voyons pas pourquoi, sur un plan général, les liquidateurs ne pourraient pas échanger des actifs contre des titres, quitte à réaliser ensuite ces derniers. Si nous inclinons finalement à penser que l'assemblée générale doit se prononcer sur les apports à effectuer aux sociétés reprenantes, c'est parce que ces apports, même s'ils font l'objet d'une décision séparée, ne sont en fait qu'une partie de l'opération qui aboutira à la distribution d'actions en guise de parts de liquidation.

367. En effet, comme nous l'avons vu⁴¹, les actionnaires ont en principe le droit de toucher en espèces leur part de liquidation. Seule une décision de l'assemblée générale peut permettre la distribution, en lieu et place d'argent liquide, des actions des sociétés reprenantes.

368. En résumé, quelle que soit la procédure suivie, l'assemblée générale de la société appelée à se démembrer devra obligatoirement statuer sur les objets suivants : la dissolution de la société ; le principe des apports de patrimoine aux sociétés reprenantes, sous réserve de ceux que le conseil d'administration pourrait, dans la limite de ses compétences,

³⁹ F. von Steiger, p. 344.

⁴⁰ Budliger, p. 58.

⁴¹ *Supra*, n. 68.

effectuer avant la décision de dissolution ; la répartition des actions des sociétés reprenantes entre les actionnaires à titre de parts de liquidation. En revanche, l'assemblée générale n'a pas, en principe, à se prononcer sur les conditions dans lesquelles sont effectués les apports aux sociétés reprenantes et sur leur rémunération. Finalement, il est difficile, en droit suisse, de parler d'une décision de scission comme on parle d'une décision de fusion, car il ne s'agit pas d'une opération présentant la même unité. Selon les circonstances, on peut se trouver en présence de plusieurs décisions destinées à rendre possible la scission, sans que l'assemblée générale ait véritablement à se prononcer sur l'ensemble de l'opération.

Section III : LES CONDITIONS DE LA DÉCISION DE FUSION OU DE SCISSION.

369. La décision de fusion ou de scission est soumise à certaines conditions de quorum et de majorité que nous allons maintenant déterminer. Si le problème est simple en droit français, comme nous le verrons dans notre premier paragraphe, il n'en va pas de même en droit suisse, où ces conditions ne sont pas uniformes. Nous envisagerons, dans un paragraphe 2, la décision de fusion en droit suisse, alors que le particularisme de la scission, telle qu'elle est actuellement possible dans notre pays, nous conduira une fois de plus à l'envisager séparément, dans un troisième paragraphe.

§ 1^{er}. La décision de fusion ou de scission en droit français.

370. La fusion ou la scission est décidée, aux termes de la loi, par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés participantes (art. 376, 382, 383 LSC). C'est également l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour décider une augmentation de capital (art. 180 al. 1 LSC) et, plus généralement, pour modifier les statuts dans toutes leurs dispositions (art. 153 al. 1 LSC). Par conséquent, les conditions de la décision de fusion ou de scission de chacune des sociétés sont les mêmes quelles que soient les modalités de l'opération.

371. Il y a toutefois des exceptions à cette règle. L'assemblée générale ne peut, sans leur consentement, augmenter les engagements des actionnaires (art. 153 al. 1 LSC). Si la fusion ou la scission devait avoir un tel effet, une décision unanime serait nécessaire ⁴². Tel est le cas lorsqu'une

⁴² Art. 373 LSC.

société anonyme est absorbée par une société d'une autre forme, car, dans toutes les autres formes de sociétés, les associés encourent une responsabilité personnelle plus ou moins étendue, même dans les SARL en vertu de l'article 40 alinéa 2 LSC⁴³. Remarquons que l'échange des actions de la société reprise contre des titres de valeur nominale supérieure ne représente pas une augmentation des engagements des actionnaires car ceux-ci ne se trouvent pas exposés à devoir effectuer des prestations supplémentaires.

La seconde exception concerne la reprise d'une société française par une société étrangère. La doctrine et la jurisprudence assimilent une telle opération au changement de nationalité de la société apporteuse⁴⁴. Aux termes de l'article 154 LSC, l'assemblée générale extraordinaire ne peut, aux conditions légales de quorum et de majorité, changer la nationalité de la société que si le pays d'accueil — donc celui de la société reprenante — a « conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique ». L'application, même par analogie, de cette disposition au cas de l'absorption par une société étrangère apparaît discutable, puisqu'il n'est pas question ici de transfert de siège ni de conservation de la personnalité de la société apporteuse. Quoi qu'il en soit, la doctrine est fixée en ce sens que l'absorption par une société étrangère peut être décidée par l'assemblée générale extraordinaire aux conditions de l'article 153 LSC s'il existe avec le pays de la société absorbante une convention spéciale, à défaut de quoi l'unanimité est nécessaire.

A ces deux hypothèses dans lesquelles l'unanimité est traditionnellement exigée, il convient encore d'ajouter les cas, auxquels nous avons déjà fait allusion⁴⁵, où la scission ne donnerait pas lieu à l'attribution à chacun des actionnaires de la société démembrée d'une quote-part des actions de chacune des sociétés bénéficiaires proportionnelle à sa participation dans la société scindée, seule répartition conforme au principe de l'égalité entre actionnaires. Sans aller jusqu'à exiger l'unanimité des actionnaires de la société qui se scinde dans tous les cas de scission *ratione personae*, nous pensons qu'elle s'impose dès lors que n'intervient pas une répartition proportionnelle à tous les actionnaires autres que ceux auxquels la scission a pour but d'attribuer, avec leur consentement,

⁴³ J.O. Déb. Sénat, séance du 27 avril 1966, p. 367 ; Joly, Fusion (feuilletts verts), n. 16.

⁴⁴ Baudou-Bellargent, fasc. 164-A, n. 43 ss.

⁴⁵ *Supra*, n. 225 et note 40 sous n. 241.

les actions d'une seule société reprenante. Il en est de même lorsque l'une des sociétés reprenantes possède des actions de la société scindée et qu'elle est remplie de ses droits uniquement par l'attribution d'actions de l'autre ou des autres sociétés reprenantes, ce qui rend impossible une répartition proportionnelle aux autres actionnaires de la société démembrée.

372. Si l'on excepte donc les hypothèses particulières où l'unanimité est requise, la décision de fusion ou de scision doit intervenir, dans chacune des sociétés, aux conditions prévues à l'article 153 LSC. Aux termes de cette disposition, l'assemblée générale extraordinaire « ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, la moitié et, sur deuxième convocation, le quart des actions ayant le droit de vote. A défaut de ce dernier quorum, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée ». Quant à la majorité, elle doit être égale aux deux tiers des voix exprimées, compte non tenu des bulletins blancs.

On peut noter, chemin faisant, que le texte nouveau s'écarte sur deux points de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, déjà plusieurs fois modifié. D'une part, il supprime une étape dans la réduction du quorum légal, puisqu'avant 1966, l'assemblée extraordinaire devait réunir la moitié du capital social sur une première convocation, le tiers sur seconde convocation, le quart sur troisième convocation, cette troisième assemblée pouvant encore être « prorogée » de deux mois aux mêmes conditions. En réduisant ainsi le nombre des assemblées extraordinaires convoquées à défaut de quorum, le législateur de 1966 a tenu compte des frais qu'occasionnent les assemblées générales et du peu d'efficacité des réunions successives⁴⁶. Cette simplification, dernière étape d'une évolution législative entamée par la loi du 22 novembre 1913⁴⁷, ne représente pas une atténuation des mesures protectrices des actionnaires minoritaires car ce n'est certainement pas une convocation supplémentaire qui pourrait assurer une plus large représentation des actionnaires à l'assemblée générale. D'autre part, la majorité des deux tiers se calcule désormais par rapport aux voix exprimées alors que, selon le texte ancien, elle se calculait sur les voix des actionnaires présents ou représentés. Le nouveau mode de calcul fait passer malgré eux les abstentionnistes dans le camp des approbateurs alors que leur abstention manifeste clairement

⁴⁶ Observations de la Commission des lois (Ass. nat.), *in* Hamiaux, t. II, p. 126.

⁴⁷ Sur les étapes de cette évolution, voir Berr, n. 318 ss., p. 198 ss.

leur volonté de ne pas approuver la résolution proposée⁴⁸. On peut certes répondre à cela que le système contraire faisait de l'abstention une façon polie de dire non, alors que qui s'abstient ne dit ni oui, ni non. Il n'en reste pas moins que la méthode consacrée par l'article 153 LSC permet à une proportion plus réduite des actionnaires d'imposer aux autres leur volonté.

373. Comme l'a fait observer la Commission des lois de l'Assemblée nationale, « les règles de quorum et de majorité ont un caractère d'ordre public ; il est impossible tant d'augmenter que de diminuer les exigences légales, ce qui se comprend dans la mesure où il s'agit à la fois de garantir les droits individuels des actionnaires et de ne pas paralyser la gestion de la société »⁴⁹. En fait, cela résulte plus de l'esprit de la loi que de sa lettre. S'il ressort clairement de la rédaction de l'article 153 alinéa 2 LSC que les statuts ne peuvent assouplir les règles légales, il n'est pas évident qu'ils ne puissent pas les renforcer ; et lorsque l'article 173 alinéa 1 frappe de nullité les décisions prises en violation de l'article 153, les seules résolutions visées sont celles que l'assemblée générale extraordinaire pourrait prendre sans que soit réunie la proportion minimum des actions ayant le droit de vote ou sans que la majorité obtenue atteigne les deux tiers. Mais la jurisprudence conférait déjà, depuis fort longtemps, le caractère d'un principe obligatoire aux règles de quorum, et interdisait aux statuts de renforcer ces exigences⁵⁰. Si quelques opinions divergentes se sont jadis fait jour en doctrine, l'accord s'est réalisé, en tout cas depuis la loi du 25 février 1953 modifiant les articles 29 à 31 de la loi de 1867, sur le caractère impératif de ces dispositions⁵¹. Le législateur de 1966 n'a pas entendu innover sur ce point.

374. Lorsqu'une société participant à une fusion ou à une scission détient des actions d'une autre société participante, dans quelle mesure peut-elle, avec ces actions, prendre part au vote ? C'est là une question d'un grand intérêt pratique car les fusions et scissions mettent en cause, le plus souvent, des sociétés déjà liées entre elles d'une façon ou d'une autre, notamment par des participations, réciproques ou non. Le problème ne se pose pas s'il s'agit de participations entre les diverses sociétés bénéficiaires des apports en cas de scission. Mais si l'une des sociétés participant à une fusion par combinaison possède des actions

⁴⁸ Berr, n. 328, p. 203.

⁴⁹ Cité in Hamiaut, t. II, p. 126.

⁵⁰ Civ. 2 juin 1947, S. 1947.I.177, note Dalsace ; D. 1948.373, note Percerou.

⁵¹ Berr, n. 321, p. 199.

de l'autre société fusionnante, si une société reprenante est actionnaire de la société reprise, si la société apporteuse détient des titres d'une société reprenante, il y a là, à n'en pas douter, une hypothèse de vote intéressé. On sait que la loi française ne prohibe pas de façon générale le vote intéressé, mais se borne à l'interdire dans certains cas déterminés⁵². Il faut donc voir si certaines de ces dispositions particulières sont applicables dans les hypothèses qui nous intéressent ici.

La première est celle où l'une des sociétés apporteuses — société fusionnante en cas de combinaison, société scindée ou société participant avec celle-ci à la constitution d'une société nouvelle en cas de fusion-scission — est actionnaire de l'autre. Cette situation fait dépendre partiellement, voire exclusivement lorsque la participation de la seconde société dans la première suffit à lui en assurer le contrôle, la décision de l'assemblée générale de l'une des sociétés contractantes de la volonté du conseil d'administration ou du directoire de l'autre société. Mais aucun texte légal ne permet de priver ces actions de leur droit de vote.

Il en va de même en cas de détention, par la société reprenante, d'actions de la société apporteuse.

La situation est différente lorsque c'est la société apporteuse qui détient des actions de la société reprenante, au moins dans la mesure où, comme c'est normalement le cas, cette dernière doit procéder à une augmentation de capital. L'article 378 LSC dispose que « l'assemblée générale extraordinaire statue sur l'approbation des apports en nature, conformément aux dispositions de l'article 193 », qui renvoie lui-même à l'article 82 relatif à l'assemblée constitutive. Or, l'alinéa 2 de ce dernier article prévoit que, « lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité », ni sans doute pour celui du quorum puisque celui-ci se compte sur la base des actions ayant le droit de vote (art. 153 al. 2 LSC). La société apporteuse ne peut donc participer à la décision de l'assemblée générale de la société reprenante approuvant son apport⁵³. Il est un peu académique de se demander si elle peut néanmoins voter sur l'approbation du projet de fusion ou de scission car les deux décisions sont si étroitement liées que l'une ne se conçoit pas sans l'autre ; si le projet de fusion n'est adopté que grâce aux voix de la société absorbée, l'approbation de l'apport ne pourra être votée et la fusion n'aura pas lieu. En pratique, il est d'ailleurs fréquent que le

⁵² *Supra*, n. 151.

⁵³ Baudou-Bellargent, fasc. 164-C, n. 111.

contrat de fusion et l'apport en résultant fassent l'objet d'une résolution unique⁵⁴. On admet d'ordinaire que les actionnaires de la société apporteuse qui détiennent également des actions de la société reprenante peuvent voter à l'assemblée générale de cette dernière, de même que les administrateurs de la société absorbée qui sont, à titre personnel, actionnaires de l'absorbante⁵⁵.

375. Une dernière précision doit être apportée quant aux conditions de la décision de l'assemblée générale de la société reprenante. L'article 82 alinéa 1 LSC, applicable, comme on vient de le voir, à l'approbation de l'apport résultant de la fusion ou de la scission, limite à dix le nombre de voix dont chaque actionnaire peut disposer. Si c'est là une mesure efficace de protection des petits porteurs, elle entraîne une inégalité entre ceux de la société reprenante et ceux de la société reprise. Par le biais des règles relatives à l'augmentation du capital social, les actionnaires de la première bénéficient ainsi d'une protection contre le vote intéressé et contre la toute-puissance des majoritaires, protection qui n'est pas accordée aux actionnaires de la seconde.

§ 2. *La décision de fusion en droit suisse.*

376. En droit suisse, les conditions des décisions de l'assemblée générale n'ont ni l'unité, ni la fixité du droit français. Nous examinerons successivement le cas des sociétés absorbée ou fusionnantes, et celui de la société absorbante en cas de fusion par absorption.

A. *La décision de la société reprise.*

1. *Les conditions de la décision de fusion en général.*

377. C'est, en premier lieu, l'article 649 CO qui détermine les conditions de la décision de fusion de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes. Cette disposition impose, sauf clause contraire des statuts, un quorum de présence des deux tiers au moins de toutes les actions

⁵⁴ Voir, par exemple, les résolutions de l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire du Crédit Commercial de France du 2 octobre 1970, relatives à l'absorption de la Société Auxiliaire d'Investissements et d'Organisation.

⁵⁵ Baudou-Bellargent, fasc. 164-C, n. 111-112 et les références citées ; sur le vote exercé par une filiale de la société apporteuse, voir Trib. com. Paris, 16 nov. 1970, J.C.P. 1971.II.16826 ; Gaz. Pal. 1971.141 ; Rev. trim. dr. com. 1971, p. 719.

pour les « décisions qui ont pour objet une fusion ». Ce quorum est dégressif, la représentation d'un tiers seulement de toutes les actions étant exigée sur deuxième convocation. La seconde assemblée ne peut avoir lieu, sauf disposition statutaire contraire, que huit jours au moins après la première.

Le sens de l'article 649 CO mérite d'être précisé. Lorsque le législateur prévoit que « les deux tiers au moins de toutes les actions » doivent être représentés, les auteurs considèrent qu'il s'agit bien des deux tiers du nombre des actions, indépendamment de leur valeur nominale⁵⁶. Le quorum de présence de l'article 649 s'opposerait ainsi à la majorité qualifiée de l'article 648 CO, applicable notamment en cas de modification du but social, qui est des deux tiers au moins de l'ensemble du capital social. Il n'y a pas de problème si toutes les actions sont de valeur nominale égale car les deux tiers du nombre des actions représentent en même temps les deux tiers du capital social et les deux tiers du nombre de voix. L'interprétation dominante de l'article 649 CO peut se justifier s'il existe des actions à droit de vote privilégié car les deux tiers du nombre des actions constituent alors les deux tiers du nombre des voix. En revanche, elle n'a guère de sens, à notre avis, si la société comporte des actions de valeurs nominales différentes mais que le droit de vote reste proportionnel à la valeur nominale des titres.

Les travaux préparatoires de la révision du Code des obligations montrent d'autre part que les articles 647 et 648 du projet du Conseil fédéral de 1928, qui allaient devenir respectivement les articles 648 et 649 CO, parlaient tous deux des deux tiers « de toutes les actions », de même d'ailleurs que l'article 634 du projet, futur article 636 CO. C'est au cours des travaux préparatoires, apparemment au niveau d'une commission de rédaction et sans que cette modification impliquât un changement de fond, que la majorité des futurs articles 636 et 648 CO devint celle des deux tiers « de l'ensemble du capital social » alors que le quorum de présence de l'article 649 restait des deux tiers « de toutes les actions ». Il est, d'autre part, significatif qu'à l'époque où les articles 647 et 648 du projet visaient encore tous deux les deux tiers « de toutes les actions », M. Aeby, rapportant en 1934 devant le Conseil national, ait employé indifféremment cette dernière expression et celle des deux tiers « des voix »⁵⁷. Il paraît donc manifeste que dans l'esprit des rédacteurs du texte légal, la majorité qualifiée de l'article 648 CO et le quorum de présence de l'article 649 ne différaient pas l'un de l'autre et que les

⁵⁶ Siegwart, art. 649 CO, n. 12 ; Schucany, art. 649 CO, n. 6 ; Geilinger, p. 129.

⁵⁷ Bull. stén. Conseil national, 1934, p. 277.

deux tiers « de l'ensemble du capital social », « de toutes les actions » ou « des voix » devaient être considérés comme synonymes. Il n'en reste pas moins que cela ne peut être vrai dès lors qu'existent des actions de valeurs nominales différentes, et que la divergence de rédaction entre les articles 648 et 649 interdit sans doute objectivement de calculer de la même manière la majorité exigée par la première disposition et le quorum prévu par la seconde. Mais l'article 649 CO n'a de sens, à notre avis, que si l'on interprète les deux tiers « de toutes les actions » comme se référant aux deux tiers des voix attribuées à l'ensemble des actions. La doctrine est cependant fixée dans le sens d'une interprétation littérale de cette disposition.

Les actions détenues par la société elle-même ne peuvent, aux termes de l'article 659 alinéa 5 CO, être représentées à l'assemblée générale, pas plus, d'après la jurisprudence, que les titres appartenant à une filiale⁵⁸. La question de savoir si ces actions doivent être prises en compte pour le calcul du nombre total des actions est discutée. Les partisans d'une réponse affirmative⁵⁹ soulignent à juste titre que le conseil d'administration pourrait être tenté, si l'on adoptait la solution contraire, de faire acquérir par la société ses propres titres afin d'abaisser le nombre d'actions nécessaire et de faciliter ainsi la prise des décisions.

378. L'article 649 CO réserve la disposition contraire des statuts. Dans le même sens, l'article 627 chiffre 1 CO range parmi les dispositions qui ne sont valables qu'à condition de figurer dans les statuts celles concernant notamment la fusion, ainsi que l'extension ou la réduction du cercle des opérations, « dans la mesure où il est dérogé aux prescriptions de la loi ». L'article 649 CO est donc de droit dispositif et les statuts peuvent non seulement renforcer, mais aussi alléger les conditions légales de quorum⁶⁰.

379. Si la loi prévoit un certain quorum de présence, aucune disposition légale ne soumet la décision de fusion à une majorité qualifiée. A défaut de clause statutaire particulière, c'est donc la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées qui sera nécessaire, conformément à l'article 703 CO. Cette disposition appelle deux remarques quant au mode de calcul de la majorité. D'une part, ce qui est bien normal, les

⁵⁸ ATF 72.II.275 = JT 1947.I.167 ; notes Secrétan et Reymond, JT 1947.I.179.

⁵⁹ Siegwart, art. 648 CO, n. 16 ; Schucany, art. 648 CO, n. 5 ; Geilinger, p. 123. *Contra* : Office fédéral du registre du commerce, SJZ 26, p. 46 ; F. von Steiger, p. 154.

⁶⁰ Frehner, p. 56 ; Küry, p. 67 ; Siegwart, art. 649 CO, n. 15 ; Suter, p. 97.

actions privées du droit de vote, soit parce qu'elles sont détenues par la société elle-même, soit en vertu d'une limitation statutaire du nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions (art. 692 al. 2 CO), ne sont pas prises en compte pour la détermination de la majorité requise. D'autre part, cette majorité, contrairement à celle des articles 153 alinéa 3 et 155 alinéa 3 LSC, se calcule sur les voix attribuées aux actions représentées et non sur les voix exprimées, ce qui fait passer les abstentionnistes dans le camp des opposants. Cette solution est critiquée par une partie de la doctrine⁶¹. Comme l'article 649, l'article 703 CO n'est pas impératif et les statuts peuvent s'en écarter tant dans un sens plus libéral — en prévoyant que la majorité se calculera sur les voix exprimées — que dans le sens d'une plus grande rigueur — en instituant une majorité qualifiée⁶² soit pour toutes les décisions de l'assemblée générale, soit pour certaines d'entre elles.

380. Puisque les conditions de la décision de fusion peuvent être déterminées par les statuts, il est utile de se demander quelles catégories de dispositions statutaires sont applicables à cette décision. Il s'agit en premier lieu des clauses, rares en pratique, qui visent expressément la fusion ; si de telles dispositions existent dans les statuts, elles s'appliquent seules, bien entendu. A défaut, doit-on se conformer aux dispositions relatives à la dissolution ? Certains auteurs l'ont nié, soulignant que la fusion, institution juridique autonome, ne se ramenait pas, pour la société apporteuse, à une dissolution⁶³. Si fusion et dissolution impliquent toutes deux la perte de la personnalité juridique de la société, la seconde suppose sa liquidation, alors que la première l'exclut. D'après Suter, les considérations qui ont poussé les actionnaires à approuver une clause statutaire relative à la dissolution ne sont pas les mêmes que celles qui pourraient les engager à adopter une disposition relative à la fusion⁶⁴. Il n'en reste pas moins que la fusion comporte dissolution de la société apporteuse dont l'actionnaire a entendu faire partie, avec cette aggravation pour lui qu'il ne touchera pas en espèces, mais en actions d'une autre société, sa part dans la société dissoute. Aussi pensons-nous, avec une partie de la doctrine, que les clauses statutaires touchant à la décision de dissolution s'appliquent à la décision de fusion⁶⁵.

⁶¹ Bürgi, art. 703 CO, n. 7.

⁶² Schucany, art. 703 CO, n. 1.

⁶³ Bürgi, art. 748 CO, n. 60 ; Häberling, p. 82-83 ; Lehmann, p. 48-49 ; Suter, p. 97.

⁶⁴ Suter, p. 97.

⁶⁵ Frehner, p. 57 ; Küry, p. 67 ; Siegwart, art. 649 CO, n. 10 ; F. von Steiger, p. 353 ; Zollikofer, p. 59.

La décision de fusion est prévue à l'article 649 CO, sous la rubrique « modification des statuts ». Effectivement, tout en conservant leur sociétariat, les actionnaires de la société apporteuse vont se trouver soumis aux statuts de la société reprenante. Il n'est donc pas faux d'assimiler, pour eux, la fusion à une modification statutaire. Aussi les conditions spéciales prévues par les statuts pour leur modification s'appliquent-elles à la décision de fusion ⁶⁶.

381. On ne peut appliquer cumulativement des règles divergentes. Il faut donc établir une hiérarchie des diverses dispositions qui, dans tel cas déterminé, sont susceptibles de s'appliquer à la décision de fusion. Il ne fait pas de doute, comme nous l'avons dit, qu'une disposition statutaire visant expressément la décision de fusion s'applique seule, soit qu'elle allège, soit qu'elle aggrave les conditions de l'article 649 CO. Lorsque les statuts ne contiennent pas de clause spéciale relative à la fusion, mais prévoient des conditions de quorum et de majorité différentes pour la dissolution et pour les modifications statutaires, la décision de fusion doit satisfaire à la fois à ces deux catégories d'exigences et, par conséquent, être prise selon les règles statutaires les plus rigoureuses. Il n'y a pas de difficulté lorsque ces règles sont aussi strictes ou plus strictes que celles résultant des articles 649 et 703 CO. Si tel n'est pas le cas, on peut hésiter : doit-on admettre que les statuts puissent, par le biais de clauses relatives aux modifications statutaires ou à la dissolution, réduire aussi bien que renforcer les conditions légales de la décision de fusion ? Nous ne le pensons pas. Seule une clause statutaire visant expressément la fusion peut, à notre avis, déroger à l'article 649 CO. Telle paraît bien être l'opinion de Siegwart, qui déclare applicables à la décision de fusion les aggravations statutaires — « weitergehende statutarische Erschwerungen » — prévues pour la dissolution, mais ne fait pas allusion aux assouplissements que les statuts pourraient apporter aux exigences légales ⁶⁷.

382. Lorsque la société absorbante détient des actions de la société absorbée, elle peut, au sein de l'assemblée générale de cette dernière, voter avec ces actions. En revanche, si la société absorbante est une filiale de l'absorbée ⁶⁸ — ce qui n'est pas inconcevable — elle ne pourra voter avec les actions de la société mère qu'elle pourrait posséder. Le Tribunal fédéral a, en effet, eu l'occasion d'affirmer que l'exclusion du

⁶⁶ Frehner, p. 57 ; Suter, p. 98. *Contra* : Geilinger, p. 96.

⁶⁷ Siegwart, art. 649 CO, n. 10.

⁶⁸ Sur la notion de filiale, voir Dallèves, *Participations*, p. 29.

droit de vote prévue par l'article 659 alinéa 5 CO s'étendait aux actions de la société mère détenues par la filiale ⁶⁹.

La situation est la même en cas de fusion par combinaison. Chacune des sociétés fusionnantes peut participer à la décision de fusion de l'autre société avec les actions qu'elle possède, à moins qu'elle soit elle-même une filiale de cette autre société.

2. *Cas particuliers.*

383. Nous avons dit que la fusion était assimilable, pour les actionnaires de la société apporteuse, à une modification statutaire, car elle impliquait de leur part la soumission à de nouveaux statuts. La conséquence de cette idée est que les conditions spéciales de quorum ou de majorité prévues par la loi ou les statuts pour certaines catégories particulières de modifications statutaires s'appliquent lorsque l'adoption des statuts de la société reprenante équivaut à une telle modification.

384. Ainsi, conformément à l'article 648 CO, la fusion doit être approuvée « par les voix des deux tiers au moins de l'ensemble du capital social » lorsque le but social de la société reprenante est différent de celui de la société reprise, car cela équivaut pour celle-ci à une transformation du but social ⁷⁰. L'article 648 CO imposant une décision des « voix des deux tiers » — et non des « deux tiers des voix » — du capital social, il s'agit là d'une majorité calculée sur la base de la valeur nominale des actions et non, comme le quorum de l'article 649 tel que l'interprète la doctrine majoritaire, sur la base du nombre des titres. Cela ne revient cependant pas à priver de leur privilège les actions à droit de vote privilégié : chaque action donnera droit au nombre de voix qu'elle comporte en vertu des statuts et la majorité des deux tiers du capital social doit en même temps, conformément à l'article 703 CO, représenter la majorité absolue des voix représentées, ou telle autre majorité que les statuts peuvent prévoir en lieu et place ⁷¹.

L'article 648 CO est impératif, en ce sens que même les statuts primitifs ne peuvent en diminuer les exigences ⁷² ; en revanche, les statuts peuvent prévoir une majorité plus élevée, voire l'unanimité des actionnaires.

⁶⁹ ATF précité *supra* note 58 ; Dallèves, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ Amrein, SAG 35, p. 349 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 59 ; Frehner, p. 57 ; Siegwart, art. 649 CO, n. 10 ; Suter, p. 106.

⁷¹ Siegwart, art. 648 CO, n. 15 ; Geilinger, p. 126.

⁷² Siegwart, art. 648 CO, n. 13.

385. L'article 648 CO s'applique encore à la décision de fusion si les statuts de la société absorbante ou nouvelle soumettent certaines résolutions à des conditions moins strictes que ceux de la société apporteuse, car cela équivaut pour les actionnaires à « la suppression de clauses statutaires qui aggravent les conditions sous lesquelles l'assemblée générale peut prendre une décision ». Il en va de même si la société reprenante comporte des actions à droit de vote privilégié alors qu'il n'en existait pas dans la société reprise.

386. Le même principe conduit à l'application de l'article 655 CO lorsque la société reprenante comporte des actions privilégiées au sens de l'article 656 alors que la société reprise n'en avait pas, ou encore — sans préjudice des assemblées spéciales — lorsque les privilèges attachés à des actions privilégiées ou à droit de vote privilégié⁷³ de la société apporteuse ne seront pas conservés intacts dans la société reprenante, ou seront primés par les privilèges accordés à d'autres actions. De même, l'article 658 CO s'applique à la décision de fusion si la société reprenante comporte des bons de jouissance ou de participation. Ces dispositions prévoient les mêmes conditions de quorum que l'article 649 CO pour la fusion ; ce n'est donc que si les statuts dérogent à ce texte que l'application des articles 655 ou 658 aura pour conséquence de renforcer le quorum nécessaire à la décision de fusion.

B. La décision de la société absorbante.

387. Conformément à la doctrine dominante, nous avons admis que l'article 649 CO n'était applicable qu'à la société absorbée en cas de fusion par absorption⁷⁴. Si la fusion n'entraîne pas, pour la société absorbante, une augmentation de capital ou quelque autre modification statutaire, une décision de l'assemblée générale de cette société n'est pas nécessaire. Si une modification statutaire doit intervenir, ce sont les règles applicables à cette modification qui déterminent les conditions de la décision de fusion.

⁷³ La majorité de la doctrine admet que les art. 654-655 CO s'appliquent en cas d'atteinte aux privilèges attachés tant aux actions de priorité de l'art. 656 qu'aux actions à droit de vote privilégié de l'art. 693 CO ; voir Capitaine, SAG 14, p. 29 ss. ; Roulet, SAG 17, p. 13 ss. ; Siegwart, art. 654-656 CO, n. 12. *Contra* : Bürgi, art. 693 CO, n. 19, qui estime l'art. 648 applicable à la suppression du privilège de vote.

⁷⁴ *Supra*, n. 339 ss.

1. *Fusion avec augmentation de capital.*

388. Comme nous l'avons dit dans la section précédente, l'augmentation de capital de la société absorbante peut se réaliser soit selon la procédure successive, soit selon la procédure simultanée⁷⁵. On sait qu'en matière d'augmentation de capital, la différence entre ces deux procédures n'est pas aussi tranchée qu'en matière de fondation. Alors qu'en cas de fondation simultanée, l'acte constitutif doit être signé par tous les fondateurs (art. 638 CO), c'est l'assemblée générale de la société existante qui, en cas d'augmentation de capital, décide cette augmentation et en constate la réalisation par décision majoritaire, quelle que soit la procédure adoptée⁷⁶. Il n'est donc pas question d'appliquer l'article 638 CO en cas d'augmentation de capital selon la procédure simultanée, mais seulement de faire prendre par une seule et même assemblée générale la décision d'augmentation de capital et la décision de constat. La distinction entre ces deux décisions existe ainsi, au moins théoriquement, dans la procédure simultanée comme dans la procédure successive. Les dispositions applicables sont les mêmes et ce sont celles qui régissent la fondation successive, non la fondation simultanée.

389. Comme nous l'avons vu, la fusion constitue pour la société absorbante une augmentation de capital par apport en nature, avec cette conséquence que les dispositions statutaires concernant l'apport-fusion doivent faire l'objet d'une résolution spéciale de l'assemblée générale⁷⁷. Le problème est que l'article 636 CO, qui impose une telle décision lors de la fondation de la société, dispose qu'elle doit réunir « au moins les voix des deux tiers de l'ensemble du capital social ». Il s'agit là de la même majorité qualifiée, calculée sur l'ensemble du capital social, que celle de l'article 648 CO pour la transformation du but social notamment. Qu'en est-il en cas de fusion ?

L'article 650 CO, renvoyant, pour l'augmentation du capital social, aux dispositions relatives à la fondation, prévoit expressément, en son second alinéa, que « les dispositions relatives aux apports en nature, à la reprise de biens et à l'octroi d'avantages particuliers seront applicables ». Il ne semble donc pas faire de doute que l'article 636 CO s'applique à l'augmentation de capital par apport en nature, ce que paraît confirmer l'article 653 alinéa 1 *in fine* qui vise « les décisions spéciales concernant les apports en nature... ». Mais si l'exigence d'une

⁷⁵ *Supra*, n. 361.

⁷⁶ F. von Steiger, p. 294; Suter, p. 89.

⁷⁷ *Supra*, n. 361.

approbation spéciale de l'article des apports en cas d'augmentation de capital — et en particulier de fusion — n'est guère mise en doute, on peut toutefois se demander si cette décision est vraiment soumise aux conditions de l'article 636 CO.

Balastèr estime que les règles des articles 650 et suivants CO, si elles renvoient aux dispositions relatives à la fondation, ne présentent pas une telle rigueur dans leur rédaction que l'on doive s'interdire d'interpréter librement la portée de ce renvoi⁷⁸. Refusant à juste titre de voir dans l'augmentation de capital une nouvelle fondation partielle (*teilweise Neugründung*) pour la considérer comme un cas particulier de modification statutaire⁷⁹, cet auteur confronte l'augmentation qualifiée du capital social avec les autres modifications statutaires pour lesquelles l'article 648 CO prévoit des conditions identiques à celles de l'article 636, et constate qu'elle ne fait en aucun cas peser sur les actionnaires minoritaires une menace comparable à celle que représente la transformation du but social, l'émission d'actions à droit de vote privilégié ou l'allègement des conditions dans lesquelles l'assemblée générale peut prendre ses décisions⁸⁰. Ajoutant à cela que l'application de l'article 636 CO en cas d'augmentation qualifiée de capital n'est nullement en harmonie avec un certain nombre de dispositions légales, notamment avec l'article 655 CO sur l'émission d'actions privilégiées, Balastèr conclut, de manière fort convaincante, que rien ne justifie l'exigence d'une majorité qualifiée des deux tiers du capital social en cas d'augmentation par apports en nature, si ce n'est une analogie discutable avec la procédure de fondation⁸¹.

Si l'on en revient au cas particulier de la fusion, l'application de l'article 636 CO conduit à des résultats d'autant plus choquants que la société absorbée peut, elle, décider la fusion dans les conditions particulièrement souples de l'article 649 CO⁸². Or, l'opération entraîne sa dissolution et, pour ses actionnaires, l'échange de leurs titres, tandis qu'elle est, d'ordinaire, beaucoup moins grave pour la société absorbante et ses actionnaires. C'est pourtant l'assemblée générale de cette dernière qui devrait statuer à la majorité des deux tiers du capital social, ce qui, dans bien des cas, reviendrait à rendre impossible la fusion.

⁷⁸ Balastèr, p. 24-26.

⁷⁹ Balastèr, p. 21-22.

⁸⁰ Balastèr, p. 110-111 ; dans le même sens, Suter, p. 92.

⁸¹ Balastèr, p. 118. *Contra* : Siegwart, art. 650 CO, n. 31 ; Schucany, art. 653 CO, n. 3 ; F. von Steiger, p. 296 ; Geilinger, p. 87.

⁸² Suter, p. 93 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 69.

Aussi la plupart des auteurs refusent-ils de soumettre la décision de la société absorbante aux conditions de l'article 636 CO⁸³, même lorsqu'ils admettent en principe l'application de cet article aux autres cas d'augmentation qualifiée du capital social⁸⁴.

390. Faut-il alors appliquer aux résolutions de l'absorbante, comme à la décision de la société absorbée, les règles de quorum de l'article 649 CO ? Certains auteurs l'ont soutenu⁸⁵, même parmi ceux qui estiment que l'article 649 n'impose pas de décision de fusion de la société absorbante en l'absence d'augmentation de capital⁸⁶. Cette position manque de logique⁸⁷ : ou bien l'article 649 CO s'applique à la société absorbante et impose dans tous les cas une décision de l'assemblée générale⁸⁸, ou bien il ne s'applique qu'à la société absorbée et les règles de quorum qu'il prévoit ne sont pas applicables à la décision de l'assemblée générale de la société absorbante dans les hypothèses où une telle décision est nécessaire.

391. Finalement, nous estimons qu'en droit positif, la loi suisse ne soumet les décisions d'augmentation de capital de la société absorbante à aucune condition particulière de présence ou de majorité⁸⁹. Sauf disposition contraire des statuts, il suffit donc de la majorité absolue prévue par l'article 703 CO. Demeurent réservées les clauses statutaires relatives soit à l'absorption d'une autre société, soit aux modifications des statuts en général, soit à l'augmentation du capital en particulier.

392. Une dernière question se pose à propos des conditions de la décision de la société absorbante en cas de fusion. On sait que, normalement, les nouveaux actionnaires participent, en cas d'augmentation de capital, à la décision de constat⁹⁰, aussi bien dans la procédure successive que dans la procédure simultanée⁹¹. La fusion constitue, pour la société absorbante, une augmentation de capital par apport en nature et l'on ne voit pas, a priori, pourquoi l'on devrait adopter ici une position

⁸³ Bürgi, art. 748 CO, n. 69 ; Frehner, p. 80 ; Suter, p. 92-93 ; Balastèr, p. 117 ; F. von Steiger, p. 354, note 83 ; Geilinger, p. 97.

⁸⁴ Ainsi Geilinger, p. 86-87 ; F. von Steiger, p. 296.

⁸⁵ Balastèr, p. 116 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 69 ; Lehmann, p. 50 ; F. von Steiger, p. 354, note 83 ; Suter, p. 94.

⁸⁶ Lehmann, p. 50 ; F. von Steiger, p. 353.

⁸⁷ Kury, p. 68.

⁸⁸ Balastèr, p. 116 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 62 ; Suter, p. 93.

⁸⁹ Dans le même sens, Frehner, p. 58 ; Geilinger, p. 97.

⁹⁰ Balastèr, p. 95 et 105 ; Siegwart, art. 650 CO, n. 41, et art. 653 CO, n. 6 ; Schucany, art. 636 CO, n. 4.

⁹¹ Balastèr, p. 132. *Contra* : Geilinger, p. 87-88.

différente. Suter relève cependant que les actionnaires de la société absorbée ont pu défendre leurs droits en participant à la décision de fusion de leur société, dont le contenu ne diffère pas, sur ce point, de celui de la décision de constat de la société absorbante et que, par conséquent, leur participation à cette dernière décision n'est pas nécessaire⁹². Il est vrai qu'ils se borneraient, en votant, à prendre acte de leur propre approbation, mais cela n'est pas propre à la fusion et la même remarque pourrait être faite dans tous les cas d'augmentation de capital. Quoi qu'il en soit, la pratique paraît être de ne pas faire participer les actionnaires de la société absorbée à la décision de constat de la société absorbante. Décision d'augmentation et décision de constat font, du reste, fréquemment l'objet d'une seule et même résolution⁹³.

2. *Autres modifications des statuts de la société absorbante.*

393. Qu'il y ait ou non augmentation de capital, la fusion peut nécessiter, de la part de la société absorbante, une modification de ses statuts. Son approbation est alors soumise aux dispositions légales ou statutaires relatives à la modification en cause.

394. En particulier, l'absorption d'une autre société entraîne fréquemment une extension du cercle des opérations. La fusion ne pourra alors être décidée que dans les conditions de quorum de l'article 649 CO. Il en va de même, en vertu de l'article 655 CO, lorsqu'elle s'accompagne de la création d'actions de priorité au sens de l'article 656 CO, ou de bons de jouissance (art. 658 CO).

395. Si la fusion suppose une transformation du but social de la société absorbante, ou encore la création d'actions à droit de vote privilégié, elle doit être décidée, conformément à l'article 648 CO, par les voix des deux tiers de l'ensemble du capital social.

396. Relevons pour terminer que, conformément aux principes déjà énoncés⁹⁴, la société absorbée peut, si elle détient des actions de la société absorbante, exercer son droit de vote à l'assemblée générale, sauf dans le cas, fréquent en pratique, où elle est elle-même une filiale de la société absorbante.

⁹² Suter, p. 95 ; Balastèr, p. 117 (implicitement) ; Bürgi, art. 748 CO, n. 68.

⁹³ Voir Assemblée générale de CIBA SA du 20 octobre 1970 (fusion CIBA-Geigy) ; assemblée générale de Nestlé Alimentana SA du 6 mai 1971 (fusion Nestlé-Ursina Franck).

⁹⁴ *Supra*, n. 382.

§ 3. *La décision de scission en droit suisse.*

397. Pour les sociétés reprenantes, la scission entraîne normalement une augmentation de capital par apport en nature. La seule question qui se pose, quant aux conditions des décisions de leurs assemblées générales, est celle de l'application de l'article 636 CO. Nous avons vu que, si les auteurs s'accordent à écarter en cas de fusion l'exigence d'une majorité des deux tiers du capital, la doctrine dominante estime que cette majorité s'impose dans les autres hypothèses d'augmentation qualifiée de capital, pour l'approbation de l'article des statuts relatif à l'apport⁹⁵. Nous avons dit aussi pourquoi, d'accord avec Balastèr, nous ne partageons pas cette opinion, il n'y a donc pas lieu d'y revenir ici. Conformément aux règles générales, la société apporteuse participe à la décision de constat.

398. Plus complexe est la situation de la société qui se scinde. Nous avons vu que, quelles que soient les modalités pratiques de réalisation de l'opération, l'assemblée générale devait se prononcer sur trois points : la dissolution de la société ; le principe des apports aux sociétés reprenantes ; la répartition des actions des sociétés reprenantes entre les actionnaires à titre de parts de liquidation⁹⁶. Il faut examiner les conditions de chacune de ces décisions.

399. La dissolution de la société avant le terme fixé par les statuts doit être décidée dans les conditions de quorum de l'article 649 CO.

400. En ce qui concerne les apports aux sociétés reprenantes, il faut distinguer selon que ceux-ci sont antérieurs ou postérieurs à la dissolution de la société. Lorsque ces apports sont effectués avant la dissolution, l'assemblée générale pourra être appelée à modifier les statuts afin de permettre leur réalisation. S'ils supposent une réduction du cercle des opérations, celle-ci ne pourra être décidée que dans les conditions de l'article 649 CO. S'il y a lieu à transformation du but social — ce qui sera pratiquement toujours le cas lorsque tous les apports sont réalisés avant la dissolution — l'approbation des voix des deux tiers de l'ensemble du capital social sera nécessaire, conformément à l'article 648 CO.

Lorsque les apports sont réalisés postérieurement à la dissolution, il s'agit, pour l'assemblée générale, d'habiliter les liquidateurs à aliéner ainsi les actifs sociaux. Cette décision n'est pas soumise par la loi à des conditions particulières.

⁹⁵ *Supra*, n. 389.

⁹⁶ *Supra*, n. 368.

401. Nous avons admis qu'une décision de l'assemblée générale pouvait imposer aux actionnaires de la société scindée de recevoir des actions des sociétés reprenantes à titre de parts de liquidation⁹⁷. Nous serions tenté d'estimer que l'article 649 CO est applicable par analogie à cette décision, tout en reconnaissant que cette analogie n'est pas parfaitement évidente.

Section IV : LES ASSEMBLÉES SPÉCIALES.

402. Lorsque l'une ou l'autre des sociétés participant à une fusion ou à une scission comporte plusieurs catégories d'actions conférant des droits différents, l'opération doit, dans certains cas, être soumise à la ratification d'assemblées spéciales de chacune de ces catégories, ainsi que le dit expressément l'article 376 LSC. Nous traiterons successivement de la situation des sociétés reprises et de celle des sociétés reprenantes à cet égard.

§ 1^{er}. Les assemblées spéciales dans les sociétés reprises.

403. Nous avons déjà, à plusieurs reprises, souligné le principe de continuité de l'actionnariat qui caractérise la fusion de même que la scission du droit français, et en vertu duquel les droits des actionnaires ne peuvent être modifiés que conformément aux conditions qui se seraient imposées si la société avait continué⁹⁸. Par conséquent, une assemblée spéciale des titulaires de certaines actions est requise chaque fois que la fusion ou la scission entraîne une modification de leurs droits qui, si la société s'était poursuivie, n'aurait été possible qu'avec l'assentiment d'une telle assemblée.

A. Cas dans lesquels une assemblée spéciale est requise.

404. Rappelons que l'article 654 alinéas 2 et 3 CO soumet à l'approbation d'une assemblée spéciale des titulaires d'actions privilégiées — qu'il s'agisse, d'après la doctrine, d'actions de priorité ou d'actions à droit

⁹⁷ *Supra*, n. 68, 367.

⁹⁸ Hamel et Lagarde, I, n. 766 : « La fusion ne saurait permettre à la société absorbée de réaliser indirectement une modification statutaire qu'elle n'aurait pu décider valablement avant l'absorption. »

de vote privilégié — l'émission d'actions nouvelles dont les privilèges primeraient ceux des anciennes, ainsi que la modification ou la suppression des privilèges attachés à ces actions. L'article 654 réserve toutefois la disposition contraire des statuts.

Quant à l'article 156 LSC, il dispose que « la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie ». Cette disposition est sensiblement plus large que l'article 654 CO, puisqu'en visant de façon générale toute catégorie d'actions, elle ne réserve pas le bénéfice de l'assemblée spéciale aux titulaires d'actions privilégiées mais permet de l'étendre, le cas échéant, aux actionnaires ordinaires, ou encore aux porteurs d'actions de jouissance⁹⁹.

405. Qu'il s'agisse d'une fusion ou d'une scission selon le droit français, une assemblée spéciale des titulaires d'actions privilégiées doit être appelée à se prononcer sur l'opération lorsque celle-ci entraîne la suppression de leur privilège. Tel est le cas si des actions de priorité ou des actions à droit de vote privilégié au sens de l'article 693 CO¹⁰⁰ doivent être échangées contre des actions ordinaires de la société reprenante ou encore si, les statuts de la société reprenante n'instituant pas de droit de vote double, les actionnaires de la société reprise jouissant d'un tel droit ne peuvent plus en bénéficier après la fusion¹⁰¹. En droit français, la suppression des droits de priorité attachés à certaines actions peut parfois nécessiter une assemblée spéciale des porteurs d'actions ordinaires, qui peuvent avoir, tout autant que les titulaires d'actions privilégiées, intérêt au maintien de ce privilège ; ainsi, lorsque les statuts prévoient l'attribution prioritaire d'un dividende déterminé aux actions privilégiées, le solde du bénéfice distribué étant alloué aux titulaires d'actions ordinaires, ce sont ces dernières qui sont en fait privilégiées si la société est prospère¹⁰². Si une clause ainsi rédigée figure dans les statuts de la société reprise et n'est pas introduite dans ceux de la société reprenante, une assemblée spéciale de chacune des catégories d'actions, privilégiées et ordinaires, devra, à notre avis, se prononcer sur la fusion ou sur la scission. Le droit suisse, en raison de la rédaction trop étroite de l'article 654 CO, présente sur ce point une regrettable lacune.

⁹⁹ Voir l'art. 213 LSC.

¹⁰⁰ Voir *supra*, note 73.

¹⁰¹ Art. 176 al. 2 LSC : « La fusion de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société absorbante, si les statuts de celle-ci l'ont institué. »

¹⁰² Martin, p. 285-286.

406. Il y a encore lieu de faire approuver l'opération par une assemblée spéciale des actionnaires touchés si les droits attachés à des actions privilégiées se trouvent simplement modifiés par la fusion ou la scission. Il semble qu'en droit français, une assemblée spéciale des actionnaires privilégiés s'impose même lorsque leurs privilèges se trouvent augmentés¹⁰³, une assemblée spéciale des actionnaires ordinaires étant corrélativement nécessaire puisque leurs droits dans la société nouvelle seront diminués du fait de l'accroissement du droit de priorité des actions privilégiées¹⁰⁴. En droit suisse, la nécessité d'une assemblée spéciale ne paraît avoir été envisagée qu'en cas d'atteinte aux privilèges¹⁰⁵.

407. Une assemblée spéciale des titulaires d'actions privilégiées est également nécessaire lorsque la société reprenante comporte des actions dont le privilège prime celui des actions qui seront remises aux actionnaires privilégiés de la société reprise. Cette solution résulte sans doute possible, en droit suisse, de l'application de l'article 654 CO en cas de fusion. Nous pensons qu'elle s'impose également en droit français, car il y a là une modification indirecte des droits attachés aux actions privilégiées.

408. En droit français, il peut enfin y avoir lieu à approbation de la fusion ou de la scission par une assemblée spéciale des titulaires d'actions de jouissance¹⁰⁶.

409. Le cas de la société scindée en droit suisse est particulier, car la scission ne comporte pas, en l'état actuel de notre législation, de continuité de l'actionnariat. La société scindée se liquide et les actionnaires touchent en nature leur part de liquidation, sous la forme d'actions des sociétés reprenantes. Le seul cas dans lequel une assemblée spéciale des actionnaires privilégiés devrait s'ajouter à l'assemblée générale approuvant ce mode de liquidation est, à notre avis, celui où la répartition des actions d'apport dérogerait aux privilèges prévus par les statuts en matière de liquidation. On ne saurait certes méconnaître le caractère peu satisfaisant de cette solution sur le plan de la protection des actionnaires. Mais la liquidation de la société a pour conséquence que les seuls privilèges dont on doit encore tenir compte sont ceux qui touchent, précisément, à la liquidation.

¹⁰³ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C n. 71 ; Copper-Royer, Fusion, n. 14, p. 70.

¹⁰⁴ Baudeau-Bellargent, *loc. cit.*

¹⁰⁵ Voir notamment Siegwart, art. 654-656 CO, n. 27 ss.

¹⁰⁶ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 72.

B. Conditions et effets de la décision de l'assemblée spéciale.

410. En droit suisse, les auteurs considèrent que la décision de l'assemblée spéciale prévue par l'article 654 CO obéit aux mêmes conditions de quorum que celle de l'assemblée générale statuant sur le même objet¹⁰⁷. L'assemblée spéciale doit donc réunir les deux tiers de toutes les actions de la catégorie en cause, un tiers sur seconde convocation (art. 655 et 649 CO), le tout sauf disposition contraire des statuts. Lorsque ceux-ci prévoient, par exemple, une majorité qualifiée au sein de l'assemblée générale, soit pour les décisions visées à l'article 654 CO, soit pour les modifications statutaires en général, la même règle s'applique à l'assemblée spéciale¹⁰⁸. En cas de fusion, il n'y a pas lieu de soumettre la décision de l'assemblée spéciale aux mêmes conditions que celle de l'assemblée générale si le quorum et la majorité requis pour celle-ci résultent soit de dispositions statutaires relatives à la fusion ou à la dissolution, soit de l'application de l'article 648 CO. En effet, si une assemblée spéciale doit approuver la fusion, c'est uniquement parce qu'elle entraîne pour les titulaires d'actions privilégiées l'une des conséquences visées à l'article 654 CO. Cette assemblée doit donc statuer dans les mêmes conditions que si l'une de ces hypothèses se réalisait en l'absence de fusion.

411. En droit français, l'article 156 LSC exige pour les assemblées spéciales le même quorum dégressif — calculé sur les « actions ayant le droit de vote, et dont il est envisagé de modifier les droits » — et la même majorité qualifiée que pour l'assemblée générale extraordinaire.

412. Dans le cas où la fusion ou la scission doit être approuvée par une ou plusieurs assemblées spéciales, cette approbation est une condition suspensive de la décision de l'assemblée générale. A défaut d'approbation, cette dernière devient caduque et l'opération ne peut avoir lieu.

§ 2. Les assemblées spéciales dans les sociétés reprenantes.

413. Dans la société absorbante ou dans les sociétés reprenantes en cas de scission, la nécessité de l'approbation par une ou plusieurs assemblées spéciales est liée à la création d'actions privilégiées en faveur des actionnaires de la société apporteuse.

¹⁰⁷ Siegwart, art. 654-656 CO, n. 33.

¹⁰⁸ *Ibid.*

Une assemblée spéciale des titulaires d'actions privilégiées dont les droits seront atteints par l'émission des actions nouvelles doit être réunie. En droit français, « s'il existe, à côté des actions privilégiées dont les droits demeurent intacts, des actions ordinaires dont les droits vont se trouver réduits par la création d'actions de priorité au profit des membres de la société absorbée, il faut réunir une assemblée spéciale des titulaires d'actions ordinaires »¹⁰⁹. Il n'en va pas de même en droit suisse, compte tenu de l'étroitesse des termes de l'article 654 CO, et l'on constate ici, une fois de plus, l'insuffisance de cette disposition.

Les conditions et les effets de la décision des assemblées spéciales sont les mêmes que dans les sociétés reprises.

Section V : LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS REPRENANTES.

414. Une fois la fusion ou la scission décidée par les assemblées générales et, le cas échéant, par les assemblées spéciales des sociétés intéressées, il reste à la réaliser. En cas de fusion par combinaison ou de scission par apports à des sociétés nouvelles, l'essentiel de cette réalisation consiste dans la constitution de la société ou des sociétés reprenantes. La procédure de fondation de ces sociétés diffère assez nettement en droit suisse et en droit français pour que les deux systèmes doivent être étudiés séparément.

§ 1^{er}. La constitution des sociétés reprenantes en droit suisse.

415. L'article 749 CO institue, pour la constitution de la société issue d'une fusion par combinaison, une procédure originale inspirée de celle de la fondation simultanée. En cas de scission, en revanche, ce sont purement et simplement les règles générales sur la fondation qui sont applicables.

A. La constitution de la société nouvelle issue de la fusion par combinaison.

416. L'article 749 alinéa 2 CO renvoie aux règles relatives à la fondation des sociétés anonymes. En fait, aucune des dispositions des articles 629 à 638 CO ne paraît applicable¹¹⁰, si ce n'est l'article 633

¹⁰⁹ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-C, n. 122.

¹¹⁰ Bürgi, art. 749 CO, n. 3.

alinéa 4 sur la libération des apports en nature et le principe exprimé à l'alinéa 1 du même article, selon lequel les actions doivent être, dès la fondation, libérées à concurrence de 20 % au moins de leur valeur nominale¹¹¹. L'article 749 alinéa 3 prévoit en effet, pour la fondation de la société nouvelle issue de la fusion, une procédure particulière qui constitue une adaptation, au cas de la combinaison, de la procédure simultanée de l'article 638 CO.

417. Il n'est pas inutile de rappeler les dispositions de l'article 749 alinéa 3 CO, qui paraissent avoir été souvent mal interprétées par les auteurs :

« Sont en outre applicables les dispositions suivantes :

- 1) Par acte authentique, les sociétés destinées à être absorbées passent le contrat de fusion, établissent les statuts de la nouvelle société, constatent que toutes les actions sont reprises, que la remise de l'actif des anciennes sociétés a eu lieu et nomment les organes qui sont nécessaires au fonctionnement de la société nouvelle ;
- 2) Le contrat de fusion est approuvé par l'assemblée générale de chacune des anciennes sociétés ;
- 3) Après cette approbation, la constitution de la nouvelle société est constatée par acte authentique et inscrite sur le registre du commerce ;
- 4) Les actions de la nouvelle société sont ensuite remises, conformément au contrat de fusion, en échange des anciennes ».

Si l'on compare le chiffre 1 à l'article 638 CO, il apparaît clairement que l'acte authentique prévu par la première disposition est une transposition de l'acte constitutif exigé par la seconde en cas de fondation simultanée. L'originalité de la procédure de l'article 749 CO est que cet acte, signé par l'administration des sociétés fusionnantes, n'est pas définitif ; il doit encore être approuvé par l'assemblée générale de chacune des sociétés, après quoi les deux administrations devront constater, par un second acte authentique, cette double approbation et la société nouvelle sera inscrite au registre du commerce par les administrateurs désignés dans le premier acte authentique, conformément à l'article 640. A notre avis, les procès-verbaux, dressés en la forme authentique, des assemblées générales des sociétés fusionnantes, peuvent remplacer l'acte authentique du chiffre 3 ; il s'agit simplement, en effet, de constater que l'acte constitutif du chiffre 1 est devenu définitif par suite de sa ratification par les assemblées générales.

¹¹¹ Frehner, p. 11.

418. La procédure de l'article 749 CO n'est pas comprise ainsi par tous les auteurs. Pour Schucany¹¹² et F. von Steiger¹¹³, les administrateurs des sociétés fusionnantes se bornent, avant les assemblées générales, à établir le contrat de fusion, qui est seul soumis aux actionnaires de chacune des sociétés. Après leur approbation, Schucany, soutient sans doute de ramener la procédure de fondation à celle de l'article 638 CO, estime que les sociétés fusionnantes — donc leurs administrations — doivent établir un acte constitutif en la forme authentique, qui doit contenir toutes les mentions prévues à l'article 749 alinéa 3 chiffre 1 CO. Steiger, quant à lui, exige une assemblée constitutive de la société nouvelle¹¹⁴, et c'est dans le procès-verbal authentique de cette assemblée que devront figurer ces mentions obligatoires.

419. Il nous paraît erroné de vouloir ainsi faire entrer à tout prix la procédure de l'article 749 CO dans le cadre de l'une ou l'autre des procédures habituelles de fondation. L'intention du législateur d'instituer une procédure originale est, en effet, manifeste¹¹⁵. Les projets Huber (art. 779) et Hoffmann (art. 759) préoyaient la rédaction, en la forme authentique, d'un contrat de fusion et d'un contrat de fondation, qui devaient tous deux être approuvés par les assemblées générales. Réunissant en un seul acte contrat de fusion et contrat de fondation, le projet du Conseil fédéral de 1928 (art. 738), repris par l'article 749 actuel, ne parle plus que de l'approbation du contrat de fusion, mais il est clair que cette approbation porte sur l'ensemble de l'acte authentique unique. Il est clair aussi, puisque cet acte contient toutes les mentions d'un acte constitutif, qu'il suffit de constater, en la forme authentique, son approbation par les assemblées générales des sociétés fusionnantes, pour que la société nouvelle puisse être inscrite au registre du commerce.

Fondée sur un acte constitutif authentique dispensant de la tenue d'une assemblée constitutive, cette procédure se rapproche de celle établie par l'article 638 CO pour la fondation simultanée. Elle s'en distingue cependant. L'une des caractéristiques essentielles de la fondation simultanée est l'identité des actionnaires et des fondateurs, qui attestent dans l'acte constitutif « qu'ils ont pris eux-mêmes toutes les actions ». En cas de fusion, ce sont les sociétés fusionnantes qui concluent l'acte constitutif, ce sont elles qui agissent comme fondateurs, mais ce sont leurs actionnaires qui, dès la fondation, deviennent actionnaires de la société

¹¹² Schucany, art. 749 CO, n. 2.

¹¹³ F. von Steiger, p. 361-362.

¹¹⁴ *Ibid.* ; *contra* : Bürgi, art. 749 CO, n. 10.

¹¹⁵ Bürgi, art. 749 CO, n. 4.

nouvelle¹¹⁶. On a parfois soutenu que les sociétés fusionnantes agissaient comme représentantes de leurs actionnaires, qui étaient les véritables fondateurs¹¹⁷ ; cette conception artificielle ne repose que sur le souci de faire de la constitution de la société issue de la fusion une fondation simultanée au sens de l'article 638 CO. En fait, les sociétés fusionnantes se trouvent dans une situation analogue à celle des fondateurs dans le cadre d'une fondation successive¹¹⁸. Dans cette optique, le fait que deux sociétés suffisent pour, en fusionnant, en créer une nouvelle n'apparaît pas comme une dérogation à l'article 625 alinéa 1 CO qui exige trois actionnaires au moins lors de la fondation ; aucune disposition ne prévoit un nombre minimum de fondateurs en cas de fondation successive. Quant aux actionnaires, ils seront normalement plus de trois. La fusion de deux sociétés à actionnaire unique se heurte en principe à l'article 625 CO.

B. La constitution des sociétés reprenantes en cas de scission.

420. Il s'agit pour la société qui se scinde de fonder des filiales auxquelles elle fait apport de parties de son patrimoine. Les règles normales sur la fondation sont applicables et, en particulier, trois actionnaires au moins sont nécessaires, ce qui amènera, en pratique, la société à s'assurer le concours de deux personnes qui peuvent être de simples hommes de paille. La procédure suivie sera celle de l'article 638 CO.

*§ 2. La constitution des sociétés reprenantes
en droit français.*

421. Le principe général en la matière est posé par l'article 372 alinéa 3 LSC, selon lequel, si la fusion ou la scission « comporte la création de sociétés nouvelles, chacune de celles-ci est constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée ». Les articles 379 et 383 LSC consacrent cependant la validité, jadis contestée, de la constitution des sociétés nouvelles avec les seuls apports des sociétés fusionnantes ou de la société scindée. Nous devons examiner en détail le cas de la fusion par combinaison et celui de la scission par apports à des sociétés nouvelles.

¹¹⁶ Bürgi, art. 749 CO, n. 2.

¹¹⁷ Lehmann, p. 58 ; critiqué par Frehner, p. 10.

¹¹⁸ Dans ce sens, semble-t-il, Frehner, p. 10.

*A. La constitution de la société nouvelle issue
de la fusion par combinaison.*

422. L'article 379 LSC dispose, en sa première phrase : « Lorsque la fusion est réalisée par voie de création d'une société nouvelle, celle-ci *peut* être constituée sans autres apports que ceux effectués par les sociétés procédant à leur fusion ». C'est-à-dire, a contrario, que des tiers peuvent aussi, le cas échéant, participer à la création de la société nouvelle. La procédure de constitution diffère selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre hypothèse.

1. Constitution sans apports extérieurs.

423. C'est là le cas normal lors d'une fusion par combinaison. L'article 379 LSC paraît déroger, dans cette hypothèse, à l'article 73 qui décide que le nombre des actionnaires ne peut être inférieur à sept. En fait, tout comme en droit suisse, ce ne sont pas les sociétés fusionnantes mais leurs actionnaires qui deviennent associés de la société nouvelle¹¹⁹.

424. L'article 379 LSC dispose que les actionnaires des sociétés apporteurs « peuvent se réunir de plein droit en assemblée générale constitutive de la société nouvelle issue de la fusion et il est procédé conformément aux dispositions régissant la constitution des sociétés anonymes ». Ainsi, et contrairement au droit suisse, la loi française exige une assemblée constitutive de la société nouvelle. Sans doute en raison de l'impossibilité de faire signer les nouveaux statuts par tous les actionnaires des sociétés fusionnantes (art. 87 LSC)¹²⁰, elle renvoie donc aux dispositions relatives à la constitution avec appel public à l'épargne (art. 74 et suivants LSC) et non à la procédure des articles 84 et suivants LSC, bien qu'il n'y ait pas de souscription publique. L'article 258 DSC précise la portée de ce renvoi aux règles relatives à la constitution, en déclarant applicables dans ce cas les articles 74 alinéa 1^{er}, 80, 81 et 82 alinéas 2 et 3 LSC, c'est-à-dire, pratiquement, toutes les dispositions sur la constitution avec appel public à l'épargne qui ne concernent pas les formalités de souscription et de libération d'actions de numéraire.

¹¹⁹ L'art. 379 LSC permettrait-il la fusion par combinaison de deux sociétés comptant, au total, moins de sept actionnaires ? La question ne paraît pas avoir été envisagée.

¹²⁰ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-F, n. 46 ; Hémar, Terré, Mabilat, p. 210.

425. L'article 74 alinéa 1^{er} prévoit que « le projet de statuts est établi et signé par un ou plusieurs fondateurs, qui déposent un exemplaire au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social ». Les fondateurs sont ici les sociétés fusionnantes, représentées par leurs conseils d'administration ou leurs directoires. Le projet de statuts a été établi par ces organes soit en même temps que le projet de fusion, soit après la décision des assemblées générales statuant sur la fusion ¹²¹.

426. L'article 258 DSC ne renvoie pas, et l'on peut s'en étonner ¹²², à l'article 79 LSC relatif à la convocation et aux attributions de l'assemblée générale constitutive. L'article 80 LSC qui est, en revanche, applicable, concerne la nomination, par décision de justice, des commissaires aux apports et l'approbation des apports en nature par l'assemblée constitutive. Il semble qu'en cas de fusion, la loi aurait pu écarter la procédure de vérification des apports, puisque les assemblées générales de chacune des sociétés apporteurs ont déjà eu à se prononcer sur ce point sur la base du projet de fusion et du rapport des commissaires aux comptes ¹²³. L'article 81 soumet l'assemblée constitutive aux conditions de quorum et de majorité des assemblées extraordinaires.

427. Le renvoi aux alinéas 2 et 3 de l'article 82 LSC pose des problèmes d'interprétation. Si l'alinéa 1^{er}, aux termes duquel « chaque souscripteur dispose d'un nombre de voix égal à celui des actions qu'il a souscrites, sans que ce nombre puisse excéder dix », n'est pas applicable, est-ce à dire que chaque actionnaire ne dispose pas du nombre de voix auquel il aura droit dans la société nouvelle, mais de celui qu'il possédait dans la société fusionnante à laquelle il appartenait ¹²⁴ ? Cela n'est guère soutenable, mais la limitation à dix du nombre des voix paraît en tout cas écartée ¹²⁵ ; on en voit mal la raison. Les alinéas 2 et 3 excluent l'apporteur du vote sur son propre apport en nature. En l'espèce, ce sont les sociétés fusionnantes qui sont apporteurs, alors qu'elles ne participent pas en tant que telles à l'assemblée constitutive de la société nouvelle. Sans doute faut-il interpréter ces dispositions en ce sens que l'apport

¹²¹ Voir *supra*, n. 353 *in fine*.

¹²² Hémard, Terré, Mabilat, p. 211. Sur l'incertitude en résultant, voir Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 51.

¹²³ *Supra*, n. 328. Sur la controverse à ce sujet avant 1966, voir les références citées in Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 49.

¹²⁴ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 52.

¹²⁵ *Ibid.* ; Hémard, Terré, Mabilat, p. 211.

de chacune des sociétés fusionnantes ne doit être approuvé que par les anciens actionnaires de l'autre société ¹²⁶.

428. Finalement, la rédaction actuelle de l'article 258 DSC pose plus de problèmes qu'il n'en résoud. Il serait opportun, puisque l'on n'en est plus à une modification près des nouveaux textes sur les sociétés commerciales, que celui-ci soit repensé.

2. *Constitution avec apports extérieurs.*

429. Si la société nouvelle doit recevoir, outre les apports des sociétés fusionnantes, d'autres apports soit en nature, soit en numéraire, il semble bien que l'article 379 LSC ne soit pas en cause et que l'on soit ramené au droit commun ¹²⁷.

Par conséquent, en cas de constitution avec appel public à l'épargne, ce sont les sociétés fusionnantes qui jouent le rôle de fondateurs et qui participent en tant que telles à l'assemblée constitutive. En cas de constitution sans appel public à l'épargne, ce sont elles, non leurs actionnaires, qui signent les statuts. Le nombre minimum de sept associés est obligatoire, ce qui peut poser des problèmes dans l'hypothèse — sans doute plus fréquente que l'émission d'actions de numéraire — où la société nouvelle reçoit, outre l'apport global de deux sociétés fusionnantes, un apport partiel d'actif d'une autre société.

On pourrait songer à admettre, par analogie avec l'article 379 LSC, que les actionnaires des sociétés fusionnantes participent, avec les souscripteurs extérieurs, à l'assemblée constitutive. Mais sans doute cet article, par les mots « en ce cas », interdit-il une application par analogie.

B. *La constitution des sociétés nouvelles en cas de scission.*

430. A l'article 379 relatif à la fusion, répond l'article 383 alinéa 2 LSC pour la « scission directe ». Mais il faut aussi envisager le cas de ce que nous appellerons la scission « mixte », par laquelle la société apporteuse se scinde simultanément au profit de sociétés nouvelles et de sociétés préexistantes, et celui de la scission réalisée par apports à des sociétés nouvelles destinées à recevoir, outre l'apport de la société scindée, celui d'une autre société.

¹²⁶ Baudeu-Bellargent, *loc. cit.* ; Hémard, Terré, Mabilat, *loc. cit.*

¹²⁷ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 44.

1. *La scission directe.*

431. L'article 383 alinéa 2 LSC prévoit que, lorsque chacune des sociétés nouvelles est constituée sans autre apport que celui effectué par la société scindée, « l'assemblée générale des actionnaires de celle-ci peut se transformer de plein droit en assemblée générale constitutive de chacune des sociétés issues de la scission et il est procédé conformément aux dispositions régissant la constitution des sociétés anonymes. Toutefois, il n'y a pas lieu à vérification de l'évaluation des biens apportés par la société scindée ». L'article 259 DSC précise que « sont applicables les dispositions des articles 74, alinéa 1^{er}, et, en ce qui concerne l'assemblée générale constitutive, 81, alinéa 2 » de la loi.

La situation est donc la même qu'en cas de fusion par combinaison, si ce n'est qu'il n'y a pas lieu à vérification des apports. Dans l'esprit du législateur, cette solution se justifie par le fait que les actionnaires conservent intacts leurs droits proportionnels sur le même patrimoine¹²⁸. On a soutenu qu'en application de l'article 260 DSC, un rapport des commissaires aux apports était cependant nécessaire. Nous avons dit déjà pourquoi cette solution nous paraissait erronée¹²⁹.

432. On peut se demander ce qu'il en est en cas de scission *ratione personae*, dans laquelle les actionnaires de la société scindée ne reçoivent pas chacun des actions de toutes les sociétés bénéficiaires des apports. L'article 383 alinéa 2 LSC doit, à notre avis, être interprété en ce sens que les actionnaires recevant les actions d'une société déterminée se réunissent en assemblée constitutive de cette société.

2. *La scission mixte.*

433. Lorsque la scission se réalise pour partie au profit de sociétés nouvelles, et pour partie au profit de sociétés préexistantes, nous pensons qu'il n'y a pas de raison d'écarter l'application de l'article 383 alinéa

¹²⁸ La dispense de vérification des apports a été introduite dans l'art. 383 LSC par la loi n. 67-559 du 12 juillet 1967. Auparavant, l'art. 259 al. 2 DSC disposait : « les biens apportés par la société scindée sont réputés indivis entre les actionnaires de cette société pour l'application de l'article 86, alinéa 3, de la loi », et cette dernière disposition prévoyait une dispense de vérification pour les biens indivis. La loi du 12 juillet 1967 (art. 12) abrogea l'art. 86 al. 3 LSC, et le décret du 2 janvier 1968 supprima l'art. 259 al. 2 DSC. La dispense de vérification des apports indivis disparaissait donc, mais en même temps, l'art. 28 L. 12 juillet 1967 modifiait l'art. 383 LSC pour la réintroduire dans le cas particulier. Cet historique met en lumière la *ratio legis* de la solution actuelle.

¹²⁹ *Supra*, n. 326.

2 LSC pour ce qui a trait à la constitution des sociétés nouvelles. On se trouve bien, en effet, dans l'hypothèse où chacune des sociétés nouvelles est « constituée sans autre apport que celui effectué par la société scindée », même si toutes les sociétés reprenantes ne sont pas nouvelles.

3. *La fusion-scission par combinaison.*

434. Si la société préexistante participant, avec la société scindée, à la constitution d'une société nouvelle, fait apport à celle-ci de tout son patrimoine en échange d'actions à attribuer à ses actionnaires, la situation est analogue à une fusion par combinaison dans les conditions de l'article 379 LSC. Nous pensons donc que c'est cette disposition qui doit alors s'appliquer : les actionnaires de la société scindée et ceux de l'autre société se réuniront en assemblée constitutive de la société nouvelle, et il y aura lieu à vérification des apports¹³⁰.

435. Si l'apport de la société tierce résulte lui aussi d'une scission, il semble que l'on doive, là encore, adopter la même procédure.

436. Lorsque l'autre société ne fait qu'un apport partiel d'actif, l'opération se rapproche de la fusion par combinaison comportant des apports extérieurs. Il faudrait donc en revenir à l'application du droit commun de la constitution, la société scindée et chaque société tierce participant, par ses organes d'administration, à une constitution sans appel à l'épargne.

On constate, en fait, que les textes actuels abandonnent complètement à l'imagination des praticiens et des auteurs toute la procédure de la scission réalisée au profit de sociétés nouvelles constituées conjointement avec des sociétés préexistantes.

¹³⁰ *Contra* : Baudeu-Bellargent, fasc. 164-F, n. 84, pour qui on se trouve purement et simplement ramené au droit commun de la constitution.

CHAPITRE IV

LA RÉALISATION DE LA FUSION OU DE LA SCISSION

437. La dernière question à aborder à propos de la procédure de fusion ou de scission est celle de la réalisation définitive de l'opération. Il s'agit tout d'abord de déterminer le moment précis à compter duquel la fusion ou la scission se trouve réalisée, le moment, donc, où elle produit ses effets. Ce sera l'objet de notre première section.

Il faut également préciser quels sont ces effets. Restant dans l'optique de notre étude, nous ne ferons que rappeler ceux que l'opération produit à l'égard des sociétés elles-mêmes et de leurs créanciers et débiteurs, pour nous étendre sur les effets de la fusion ou de la scission à l'égard des actionnaires et, plus précisément, de ceux des sociétés reprises. C'est à quoi nous consacrerons notre seconde section.

Nous laisserons complètement de côté, dans le présent chapitre, le cas de la scission du droit suisse, qui ne produit pas simultanément tous ses effets et dont la réalisation définitive, consistant dans l'attribution aux actionnaires de la société scindée, à titre de parts de liquidation, des actions des sociétés reprenantes, obéit aux règles de la liquidation.

Enfin, nous ne nous préoccupons pas des mesures d'exécution postérieures à la réalisation de l'opération : appel aux créanciers (art. 748 ch. 1 CO), publicité spéciale en cas d'apport de fonds de commerce (art. 7 L. française 17 mars 1909), inscriptions déclaratives au registre foncier si l'apport comprend des immeubles, déclarations au fisc, à l'Enregistrement, etc.

Section I :

LE MOMENT DE LA RÉALISATION DE LA FUSION OU DE LA SCISSION.

438. Nous avons déjà déterminé le moment où le contrat de fusion ou de scission était valablement conclu par la rencontre du consentement des sociétés participantes¹. Dès cet instant, il revêt pour celles-ci une force obligatoire. Ce moment ne se confond pas nécessairement avec celui où l'opération produit ses effets, autrement dit celui où le contrat est exécuté.

Le cas où l'opération comporte la création d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles est le plus simple. Aussi l'examinerons-nous en premier lieu. La solution est un peu moins claire lorsque la fusion ou la scission ne se réalise qu'au profit de sociétés existantes. Nous y consacrerons notre paragraphe 2.

§ 1^{er}. *Fusion ou scission avec constitution de sociétés nouvelles.*

439. Il ne fait aucun doute que la fusion par combinaison se trouve réalisée au moment où la société nouvelle est constituée. Celle-ci ne peut, en effet, apparaître à la vie juridique sans que se produisent simultanément tous les effets de l'opération qui lui donne naissance : transfert du patrimoine des sociétés apporteurs, échange des droits sociaux des actionnaires de ces dernières et, corrélativement, disparition des sociétés fusionnantes.

En droit suisse comme, aujourd'hui, en droit français (art. 643 CO et 5 LSC), la société nouvelle n'acquiert la personnalité morale que par son inscription au registre du commerce². C'est donc à compter de cette inscription que la fusion par combinaison est réalisée³.

¹ *Supra*, n. 277 ss.

² Nous ne voyons nullement pourquoi la disposition de l'art. 5 LSC serait « de nature à gêner la poursuite de l'activité économique des deux sociétés fusionnantes, alors que le but même de leur rapprochement est d'accroître leur efficacité », comme l'affirme Latscha, Z6, qui parle plus loin (Z8), à propos de la scission, d'une nécessaire réforme de la loi sur ce point. La simultanéité des effets de l'opération assure, en fait comme en droit, la continuité des entreprises.

³ F. von Steiger, p. 361. L'inscription imposée par l'art. 748 ch. 7 CO au registre du commerce du siège de la société absorbée n'a donc, en tout cas dans l'hypothèse d'une combinaison, qu'un effet déclaratif. En droit français : Baudou-Bellargent, fasc. 164-F, n. 56.

440. Le principe est le même en cas de scission réalisée exclusivement ou notamment au profit de sociétés nouvelles, que celles-ci soient constituées par les seuls apports de la société scindée ou qu'elles reçoivent en outre ceux d'autres sociétés préexistantes. La scission se trouve réalisée dès l'inscription au registre du commerce de toutes les sociétés reprenantes nouvelles. Une difficulté, au moins théorique, doit être signalée. La scission est un tout dont les effets ne peuvent se produire séparément ; l'inscription au registre du commerce des diverses sociétés nouvelles issues de la scission devrait donc être simultanée. A défaut, la scission ne sera réalisée qu'au moment de l'immatriculation de la dernière société reprenante⁴.

§ 2. Fusion ou scission sans constitution de sociétés nouvelles.

441. En droit français, l'effet constitutif de l'inscription au registre du commerce est limité à la constitution de la société. Pour la dissolution (art. 391 al. 3 LSC) et la modification des statuts (art. 58 al. 4 et 5 Dct 23 mars 1967 sur le registre du commerce), cette inscription n'est qu'une condition d'opposabilité aux tiers⁵. En cas de fusion par absorption ou de scission par apports à des sociétés existantes, l'opération se trouve donc réalisée, à l'égard des sociétés et de leurs actionnaires, dès que les assemblées générales des sociétés participantes ont statué, autrement dit dès que le contrat de fusion ou de scission est parfait⁶.

442. En droit suisse, la solution, en cas de fusion par absorption, est incertaine et fait l'objet de controverses que nous ne développerons pas ici, vu le peu d'intérêt de la question sous l'angle de la protection des actionnaires.

⁴ Baudeau-Bellargent, fasc. 164-G, n. 83. Si la réalisation de la scission est soumise à la condition de l'obtention de l'agrément ministériel nécessaire à l'octroi du régime fiscal de faveur, cet agrément devra être obtenu avant l'immatriculation définitive des sociétés nouvelles ; *contra* : Latscha, Z23, qui paraît estimer que l'immatriculation peut précéder l'agrément et que la réalisation de la scission est alors retardée jusqu'à la réalisation de cette dernière condition.

⁵ Dans le premier cas, c'est une condition nécessaire d'opposabilité (art. 391 al. 3 LSC) ; dans la seconde hypothèse, la société peut prouver la connaissance par les tiers des faits soumis à l'inscription (art. 58 al. 5 Dct sur le registre du commerce). L'inscription de l'augmentation de capital est cependant le point de départ du délai d'innégociabilité des actions d'apport (art. 278 LSC).

⁶ Cf. Baudeau-Bellargent, fasc. 164-C, n. 120 ; fasc. 164-G, n. 50. En cas de scission, si l'agrément ministériel n'a pas été obtenu avant les assemblées générales et que cet agrément est une condition suspensive de la scission, la réalisation de l'opération intervient dès réalisation de la condition.

Lorsque l'absorption entraîne une augmentation de capital de la société absorbante, l'inscription de cette augmentation au registre du commerce revêt, en vertu de l'article 647 CO et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, un effet constitutif⁷. A notre avis, cette inscription doit revêtir un effet constitutif sur le plan de la fusion elle-même⁸. En effet, il n'est pas possible que la fusion se réalise avant l'augmentation de capital de l'absorbante car les actionnaires de l'absorbée ne pourraient acquérir des droits sociaux qui ne seront créés que par l'augmentation de capital. L'augmentation de capital de l'absorbante ne peut non plus précéder la réalisation de la fusion, puisqu'alors le nouveau capital ne serait pas immédiatement libéré. L'inscription au siège de la société absorbée n'a donc qu'un effet déclaratif⁹.

443. Quand la fusion se réalise sans augmentation de capital de la société absorbante, la seule inscription requise au registre du commerce est celle qui, en vertu de l'article 748 chiffre 7 CO, doit intervenir au siège de la société absorbée¹⁰. Si, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de dissolution¹¹, on ne reconnaît à cette inscription qu'un effet déclaratif, la fusion est réalisée à compter de la décision de fusion de l'absorbée, donc dès la perfection du contrat de fusion. Si, au contraire, on considère que l'article 647 CO, qui ne vise expressément que les modifications statutaires, s'applique à toutes les décisions visées à l'article 649 CO, notamment à la décision de fusion de l'absorbée, on est conduit à admettre que l'inscription de cette décision a un effet constitutif, en vertu de l'article 647 alinéa 3¹². L'article 748 chiffre 8 CO fournit un argument en faveur de cette dernière conception puisqu'il prévoit l'échange des actions dès l'inscription au siège de la société absorbée. Mais cette solution n'est pas en harmonie avec celle que nous avons admise précédemment, et en vertu de laquelle la même inscription n'a qu'un effet déclaratif lorsque l'absorbante augmente son capital. En outre, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 748 chiffre 7 CO, l'inscription à effectuer au registre du commerce est celle de la dissolution de la société, non celle de la fusion en tant que telle¹³, ce qui fait plutôt

⁷ ATF 84.II.34 = JT 1958.I.361.

⁸ Küry, p. 101 ; F. von Steiger, p. 354. *Contra* : les auteurs cités *infra* note 9.

⁹ ATF 97.II.185 (p. 189), d'après notre interprétation *in* SAG 45, p. 115-117. *Contra* : Fréhner, p. 64 ; Häberling, p. 94 ; Suter, p. 117 ; Bürgi, art. 748 CO, n. 80.

¹⁰ Bürgi, art. 748 CO, n. 80 ; Küry, p. 100. *Contra* : Suter, p. 119.

¹¹ ATF 91.I.438 = JT 1966.I.366.

¹² Voir les auteurs cités sous note 9 *supra*.

¹³ Häberling, p. 87-88, et Suter, p. 118, contestent l'exactitude de cette formulation.

pencher en faveur de l'effet déclaratif puisque l'inscription de la dissolution n'est pas constitutive.

*Section II : EFFETS DE LA RÉALISATION DE LA FUSION OU DE LA SCISSION
POUR LES ACTIONNAIRES DES SOCIÉTÉS REPRISES.*

444. La réalisation de la fusion ou de la scission produit simultanément trois ordres d'effets : le patrimoine des sociétés reprises est transmis aux sociétés reprenantes ; les actionnaires des sociétés reprises deviennent actionnaires des sociétés reprenantes ; enfin les sociétés reprises disparaissent, perdent leur personnalité juridique.

Pour rester dans le cadre de notre étude, nous ne nous attacherons ici qu'aux effets de la réalisation de l'opération à l'égard des actionnaires des sociétés reprises. Deux points doivent être examinés. Le premier concerne les droits de ces actionnaires à l'égard de la ou des sociétés reprenantes. Le second, propre au droit français, a trait à la négociabilité des actions d'apport remises en cas de fusion ou de scission.

*§ 1^{er}. Le droit direct des actionnaires des sociétés
reprises à l'égard des sociétés reprenantes.*

445. La fusion ou la scission emporte transfert *uno actu* des droits et obligations des sociétés reprises aux sociétés reprenantes, et les premières n'ont pas à procéder à leur liquidation¹⁴ ; elles disparaissent ainsi dès réalisation de l'opération. Ce ne sont donc pas les sociétés apportuses mais, directement, leurs actionnaires qui deviennent actionnaires des sociétés reprenantes et qui reçoivent les actions d'apport.

Ce droit direct des actionnaires à recevoir les titres de la société reprenante est consacré, en droit suisse, par les articles 748 chiffre 8 et 749 alinéa 3 chiffre 4 CO. En droit français, ce même droit direct résulte clairement de la conception générale des dispositions relatives aux fusions et scissions, et plus particulièrement, en cas d'apports à des sociétés nouvelles, du fait que les actionnaires des sociétés apportuses participent à l'assemblée constitutive des sociétés reprenantes (art. 379 et 383 al. 2 LSC).

¹⁴ *Supra*, n. 30, 32, 47-48, 51.

On ne peut plus soutenir l'opinion, défendue en France avant la loi de 1966, selon laquelle les actions de la société absorbante étaient attribuées à la société absorbée elle-même, en tant que personne morale, qui se survivait pour les besoins de sa liquidation, puisque précisément il n'y a ni liquidation¹⁵, ni, par conséquent, survie de la société apporteuse¹⁶. Ainsi la procédure antérieure qui consistait, pour l'assemblée générale de chaque société reprise, à nommer un liquidateur chargé de répartir les actions d'apport entre les ayants droit, est aujourd'hui périmée¹⁷.

446. Du même coup, se trouve résolu un problème dont la solution, en tout cas en France avant la loi nouvelle, pouvait apparaître délicate. C'est celui de savoir si la clause d'agrément figurant dans les statuts de la société absorbante peut permettre à celle-ci d'écarter certains actionnaires de la société absorbée. La question ne se pose que si l'on considère que les actions d'apport sont remises à la société apporteuse puis réparties par elle entre ses actionnaires ; cette répartition constitue alors une mutation à laquelle la société absorbante pourrait peut-être s'opposer. En revanche, puisque les actions d'apport sont attribuées directement aux anciens actionnaires de la société apporteuse, ceux-ci se trouvent, dès la décision de fusion de la société reprenante, dans la situation du souscripteur dont la souscription a été acceptée. La société bénéficiaire de l'apport à titre de fusion ou de scission ne peut à la fois accepter cet apport et refuser de reconnaître comme actionnaires ceux qui ont un droit direct à en recevoir la rémunération¹⁸.

C'est ainsi que se traduit dans les mécanismes concrets de la fusion et de la scission, le principe tout abstrait de la continuité du sociétariat, que nous avons eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'évoquer.

¹⁵ L'art. 391 al. 1 et 2 LSC dispose certes : « La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit... — La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci. » Mais cette liquidation, si l'on tient à employer ce mot, se trouve close dès l'instant de la dissolution par l'apport de tout le patrimoine aux sociétés reprenantes. Voir cependant Com. 21 février 1972, D.S. 1972, somm.139.

¹⁶ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-E, n. 4.

¹⁷ *Supra*, n. 356.

¹⁸ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-B, n. 75.

§ 2. La négociabilité des actions d'apport¹⁹.

447. Reprenant une règle antérieure, l'article 278 LSC dispose que « les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après l'immatriculation de la société au registre du commerce ou l'inscription de la mention modificative à la suite de l'augmentation du capital ». « La loi a voulu par là lier l'apporteur en nature au sort de la société et prévenir la fraude de ceux qui auraient pu être tentés de surévaluer leur apport et de négocier leurs titres avant que leur fraude ne soit découverte et eux, disparus »²⁰.

Le législateur fait toutefois, sous certaines conditions, exception à cette règle en cas de fusion ou de scission. C'est d'ailleurs à propos de l'exception à la non-négociabilité des actions d'apport que le législateur a, par la loi du 9 juillet 1902 modifiant l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, mentionné pour la première fois la fusion. Cette disposition fut à nouveau modifiée à deux reprises, pour aboutir enfin, en 1966, au texte de l'article 279 LSC, qui a le mérite de clarifier les solutions précédemment dégagées par la jurisprudence et la doctrine²¹.

448. L'article 279 LSC dispose tout d'abord (al. 1^{er}) que l'interdiction de négocier pendant deux ans les actions d'apport ne s'applique pas en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif — donc aussi de scission — lorsque la société apporteuse a, lors de la fusion ou de l'apport, plus de deux ans d'existence sous la forme de société par actions. Toutefois (al. 2), lorsque la société apporteuse comporte pour partie des actions négociables et pour partie des actions non négociables — résultant donc d'une augmentation de capital par apport en nature réalisée depuis moins de deux ans — la négociabilité « n'est applicable qu'à un nombre d'actions nouvelles proportionnel à la fraction du capital précédemment représentée par des actions négociables », et (al. 3) « les actionnaires possédant, avant la fusion ou l'apport, des actions non négociables reçoivent des actions ayant le même caractère ». Enfin (al. 4), « les

¹⁹ Ce problème, propre au droit français, ne doit pas être confondu avec celui de savoir si l'on peut attribuer aux anciens titulaires d'actions librement négociables de la société reprise des actions de la société reprenante soumises à une clause d'agrément ; sur cette question, voir *infra*, n. 507. La négociabilité des actions d'apport en cas de fusion ou de scission a fait l'objet d'une très abondante doctrine ; nous nous bornerons, dans les notes qui suivent, à donner quelques références essentielles.

²⁰ Didier, n. 461.

²¹ L'alinéa 4 de l'art. 279 LSC a été introduit par la loi n. 69-12 du 6 janvier 1969.

actions remises par une société dont les actions sont admises à la cote officielle des bourses de valeurs en rémunération d'un apport de titres eux-mêmes admis à ladite cote officielle, peuvent être détachées de la souche et sont immédiatement négociables ».

449. En d'autres termes, lorsque la société apporteuse existe sous la forme d'une société par actions depuis deux ans au moins, les actionnaires possédant des actions négociables recevront des titres également négociables de la société reprenante, ceux qui détiennent des actions non négociables recevront des titres non négociables, quelle que soit par ailleurs la négociabilité des actions antérieurement émises par la société reprenante. On peut se demander si les actions non négociables de la société absorbante ainsi remises contre des actions non négociables de la société reprise deviendront négociables au moment où les titres échangés le seraient devenus²², ou seulement deux ans après la réalisation de la fusion ou de la scission²³. La lettre de l'article 279 alinéa 2 LSC paraît en faveur de la seconde solution, puisqu'il déclare que l'exception à la non-négociabilité n'est pas applicable dans ce cas, et qu'à défaut de cette exception légale, les actions nouvelles ne seraient devenues négociables, conformément à l'article 278, qu'après deux ans à compter de la fusion. Cependant, il est clair que la non-négociabilité de ces actions n'est pas liée à l'apport effectué par la société reprise — puisque précisément la loi prévoit sur ce point une exception à la règle — mais à l'apport reçu par cette société moins de deux ans avant la fusion ou la scission. Par conséquent, nous sommes d'avis que les actions nouvelles deviendront négociables à la date où les titres échangés le seraient devenus, soit deux ans après l'augmentation de capital de la société apporteuse qui a donné lieu à l'émission d'actions non négociables. Les actionnaires de la société reprise ne sont donc pas lésés sur ce point. Les titulaires d'actions non négociables de la société reprise peuvent par ailleurs, en application de l'article 279 alinéa 4 LSC, recevoir des actions négociables de la société reprenante, en particulier en cas de scission, si cette dernière société est cotée en bourse et que l'apport consiste en un portefeuille de titres eux-mêmes cotés.

450. Si la société apporteuse compte moins de deux ans d'existence sous forme de société par actions, les actions d'apport de la société reprenante ne seront pas négociables, sauf dans le cas particulier de l'article 279 alinéa 4 LSC. Même les actionnaires de la société reprise qui dé-

²² En ce sens, Hamel et Lagarde, I, n. 766.

²³ Rault, *Rev. trim. dr. com.* 1955, p. 95 ; Baudou-Bellargent, *fasc.* 164-E, n. 23.

tiennent des actions de numéraire, donc négociables, verront celles-ci échangées contre des actions non négociables de la société reprenante²⁴. Cette solution leur est évidemment préjudiciable. Si les apporteurs de numéraire possèdent, dans la société reprise, la majorité à l'assemblée générale, cette situation est de nature à mettre obstacle à la décision de fusion ou de scission²⁵. Si cette décision est acquise grâce aux voix des détenteurs d'actions non négociables, elle porte aux intérêts des autres actionnaires une grave atteinte qui peut être constitutive, le cas échéant, d'abus de majorité. Conformément à l'article 278 LSC, les actions nouvelles ne deviendront négociables que deux ans après l'inscription de l'augmentation de capital de la société reprenante au registre du commerce²⁶. C'est dire que même les titulaires d'actions non négociables sont lésés par l'opération.

451. Les solutions consacrées par la loi française ne nous paraissent pas empreintes d'une irréprochable logique. En dérogeant au principe de la non-négociabilité lorsque la société apporteuse a plus de deux ans d'existence, le législateur marque son intention de lier la non-négociabilité à l'apport reçu par cette société et qui a donné lieu à l'émission par elle d'actions non négociables. En revenant purement et simplement à la règle de l'article 278 LSC lorsque la société apporteuse existe depuis moins de deux ans, il rattache au contraire le caractère négociable ou non négociable des actions à l'apport fait par la société reprise à la société reprenante. Nous pensons qu'il y a là un manque d'harmonie certain dont les actionnaires d'une société apporteuse créée depuis moins de deux ans font injustement les frais.

²⁴ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-E, n. 18.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Baudeu-Bellargent, fasc. 164-E, n. 20.

TROISIÈME PARTIE

LA PROTECTION A POSTERIORI DES ACTIONNAIRES : LA SANCTION DES FUSIONS OU SCISSIONS IRRÉGULIÈRES OU PRÉJUDICIALES AUX ACTIONNAIRES

452. La procédure de fusion ou de scission tend à assurer le respect des droits et des intérêts de tous, en particulier des actionnaires et des créanciers des sociétés participantes. Mais il peut arriver que cette procédure ne soit pas pleinement observée, ou encore qu'une opération régulière en la forme se heurte au droit de fond, notamment parce qu'elle porte atteinte à des droits acquis ou méconnaît le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires.

La protection des actionnaires suppose que l'opération irrégulière ou préjudiciable puisse, selon les cas, être empêchée ou mise à néant. La nullité ou l'annulation de la fusion ou de la scission fera l'objet de notre premier chapitre.

Que la fusion ou la scission soit annulée ou qu'elle soit maintenue, les responsables du dommage subi, le cas échéant, par l'une des sociétés participantes ou par ses actionnaires peuvent être tenus à réparation. Le second chapitre de cette dernière partie traitera donc des actions en responsabilité.

CHAPITRE PREMIER

LA NULLITÉ OU L'ANNULATION DE LA FUSION OU DE LA SCISSION

453. Sous les réserves que nous avons mentionnées¹, la fusion et la scission reposent sur un contrat. Elles constituent également des opérations du droit des sociétés. La nullité ou l'annulation de la fusion ou de la scission peut donc résulter d'une part du droit des contrats, d'autre part des règles propres à la société anonyme². Dans une première section, nous traiterons de l'application du droit des obligations à l'annulation du contrat de fusion ou de scission, pour consacrer notre seconde section à l'annulation de la décision de fusion ou de scission. Dans une troisième section, nous envisagerons brièvement la question des mesures provisionnelles que l'actionnaire désireux d'attaquer une fusion ou une scission peut avoir intérêt à requérir.

Section I :

L'APPLICATION DU DROIT DES OBLIGATIONS ET LA NULLITÉ DU CONTRAT DE FUSION OU DE SCISSION.

454. Pour déterminer dans quelle mesure le contrat de fusion ou de scission peut être mis à néant en application des principes généraux du droit des obligations, nous passerons en revue, en trois paragraphes, les diverses hypothèses concevables. Nous envisagerons successivement la nullité absolue du contrat, puis la nullité relative qui pourrait résulter d'un vice du consentement ou d'une lésion, enfin la résolution du contrat.

¹ C'est-à-dire à l'exception de la scission par apports à des sociétés nouvelles; voir *supra*, n. 43, 258.

² Orfila, note sous Paris, 24 avril 1967, J.C.P. 1968.II.15517.

§ 1^{er}. *La nullité absolue du contrat de fusion ou de scission.*

455. La nullité d'un contrat peut tenir soit à un défaut de forme, soit à des motifs de fond.

A. *La nullité pour vice de forme.*

456. Nous avons vu qu'en droit français, le projet de fusion ou de scission doit être établi par écrit afin de permettre l'accomplissement des mesures de publicité requises par la loi³. La forme écrite n'étant pas directement imposée par la loi, elle n'est sans doute pas exigée à peine de nullité, mais la question est toute théorique car, le projet devant être tenu à la disposition des actionnaires et déposé au greffe du tribunal de commerce, l'absence d'écrit n'est pas concevable. Le défaut de forme authentique en cas de transfert d'immeuble n'est pas non plus une cause de nullité du contrat de fusion ou de scission, puisque cette forme ne s'impose qu'afin de permettre l'accomplissement des formalités de publicité foncière⁴.

457. En droit suisse, le contrat de fusion doit, en cas de combinaison, être passé en la forme authentique (art. 749 al. 3 ch. 1 CO). Conformément à l'article 11 alinéa 2 CO, le contrat qui ne respecterait pas cette forme serait nul et tout intéressé, notamment tout actionnaire de l'une des sociétés reprises, disposerait d'une action en constatation de nullité. L'acte authentique postérieur à l'assemblée générale (art. 749 al. 3 ch. 3 CO) couvrirait-il cette nullité s'il comporte toutes les mentions qui auraient dû figurer dans l'acte authentique destiné à être approuvé par l'assemblée générale ? Cela est douteux, puisque l'article 749 exige, sans équivoque possible, deux actes authentiques. Quoi qu'il en soit, il semble que, si la société nouvelle est inscrite malgré tout au registre du commerce, cette inscription guérisse le vice de forme et que la fusion se trouve réalisée⁵.

³ *Supra*, n. 274.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir Siegwart, art. 638 CO, n. 20, et 637 CO, n. 12, pour le défaut d'acte constitutif authentique (art. 638 CO) ou de procès-verbal authentique de l'assemblée générale constitutive.

*B. La nullité tenant à l'absence de consentement,
à la cause ou à l'objet du contrat.*

458. Le consentement des sociétés intéressées au contrat de fusion ou de scission résulte de la décision des assemblées générales, sous réserve des cas où, en droit suisse, une décision de l'assemblée générale des sociétés reprenantes est inutile. Le contrat sur lequel toutes les assemblées générales n'ont pas été appelées à se prononcer est donc nul, ou plutôt inexistant faute de consentement⁶. Il ne produit aucun effet et la fusion ne peut se réaliser.

459. Le contrat de fusion ou de scission pourrait-il encore être atteint de nullité absolue pour absence ou illicéité de sa cause ou de son objet ? On pourrait à la rigueur envisager la nullité pour défaut d'objet de la fusion comportant l'apport d'un passif supérieur à l'actif⁷. Mais l'objet du contrat de fusion ou, *mutatis mutandis*, du contrat de scission, est un apport de patrimoine et la réunion de deux entreprises. Cet objet existe quand bien même le patrimoine transmis est grevé d'un passif supérieur à l'actif. Le plus souvent, l'excédent passif sera inconnu lors de la conclusion du contrat et l'on peut songer, comme nous le verrons, à une nullité relative fondée sur l'erreur, le dol ou la lésion. La responsabilité des promoteurs de la fusion ou de la scission peut également, dans certains cas, se trouver engagée mais il n'y a pas lieu, à notre avis, de considérer le contrat comme atteint de nullité absolue. On conçoit de même assez mal que le contrat de fusion ou de scission puisse être, par son objet (art. 20 CO) ou sa cause (art. 1133 C. civ), illicite ou contraire aux mœurs.

§ 2. Vices du consentement ou lésion.

460. On doit se demander dans quelle mesure un contrat de fusion ou de scission peut être entaché d'erreur, de dol ou de violence, et si la lésion peut être retenue en la matière.

461. L'erreur de l'article 1110 C. civ., portant « sur la substance même de la chose » qui fait l'objet de la convention, est assez difficilement

⁶ Mestdagh, p. 95 ; Orfila, note précitée sous note 2.

⁷ Mestdagh, p. 93. Sur l'apport fictif parce que grevé d'un passif excessif, voir Blaise, p. 31-33 ; Trib. com. Honfleur, 20 nov. 1970, D.S. 1971.Somm.55 (apport fictif à une SARL).

imaginable en cas de fusion ou de scission⁸. En droit suisse, l'erreur sur l'étendue réelle des prestations respectives (art. 24 ch. 3 CO) ou sur les éléments essentiels du contrat (art. 24 ch. 4 CO) pourrait en revanche se rencontrer. On songe notamment au cas où le passif réel de la société reprise se révélerait notablement plus étendu qu'il n'était apparu au moment de la décision de la société reprenante⁹.

462. Le dol (art. 28 CO, 1116 C. civ.) est lui aussi vraisemblable¹⁰. L'une des sociétés peut être amenée à contracter par les manœuvres frauduleuses des administrateurs de l'autre. Il en est ainsi, par exemple, lorsque ces derniers ont produit un bilan de fusion intentionnellement erroné.

463. Quant à la violence (art. 1111 C. civ.) ou à la crainte fondée (art. 29 CO), on pourrait imaginer « que la crainte d'une faillite puisse déterminer une société à accepter les conditions désavantageuses que lui présente une autre société »¹¹. Encore faudrait-il dans ce cas, conformément à l'article 30 alinéa 2 CO, que « la gêne de la partie menacée a(it) été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs ».

464. En ce qui concerne la lésion, le Code civil français ne la prend en considération que dans certaines hypothèses particulières. La jurisprudence a précisé qu'elle ne pouvait être retenue en matière d'apport en société¹² ; on ne saurait donc l'invoquer lors d'une fusion ou d'une scission¹³. En droit suisse, en revanche, il peut y avoir lésion (art. 21 CO) en cas d'apport en société¹⁴. En cas de fusion, le fait que les actions d'apport soient remises aux actionnaires de la société apporteuse et non à cette société elle-même n'empêche pas, à notre avis, que la lésion puisse être retenue car il est clair que les actions constituent la contrepartie de l'apport, quand bien même l'auteur de la prestation ne reçoit pas lui-même la contre-prestation.

Le consentement de l'une ou l'autre des sociétés peut donc être vicié. Il reste à déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions le contrat vicié ou lésionnaire peut être invalidé ou annulé.

⁸ Baudou, p. 151.

⁹ Voir, en cas de vente d'actions, ATF 97.II.43 = JT 1972.I.47.

¹⁰ Baudou, p. 151 ; Mestdagh, p. 94 ; Trib. com. Seine, 1^{er} mars 1888, J.S. 1889.289.

¹¹ Copper-Royer, Fusion, cité par Baudou, p. 151.

¹² Grenoble, 7 juillet 1943, J.C.P. 1943.II.2416 ; Trib. com. Seine, 8 juin 1960, cité par Baudou, p. 151.

¹³ Baudou, *loc. cit.*

¹⁴ Siegwart, Vorbem. art. 629-639 CO, n. 37.

465. La première question qui se pose est de savoir qui peut agir. Les parties au contrat sont les sociétés elles-mêmes, non leurs actionnaires. Par conséquent, a priori, seule la société dont le consentement a été vicié peut invalider ou faire annuler le contrat de fusion ou de scission.

Il n'y a pas de difficulté tant que la fusion n'est pas réalisée. Dès qu'elle l'est, en revanche, en d'autres termes dès l'exécution du contrat, l'une au moins des parties disparaît ou, si l'on préfère, les deux parties se trouvent confondues en un seul être moral, soit que l'une succède universellement à l'autre, soit qu'une société nouvelle soit le successeur universel des deux sociétés fusionnantes. Or l'invalidation résulte, en droit suisse, d'une déclaration de volonté adressée par l'*errans* à l'autre partie et sujette à réception¹⁵, et le contractant dont le consentement a été vicié doit, en droit français, exercer contre son cocontractant une action en nullité relative. C'est dire qu'un vice de la volonté ne peut être invoqué qu'autant qu'il existe un demandeur et un défendeur.

Faut-il en conclure que le contrat ne peut plus être annulé une fois la fusion juridiquement réalisée¹⁶ ? A s'en tenir à la rigueur des principes, une réponse affirmative ne fait aucun doute. Si l'on peut cependant hésiter, c'est parce que la circonstance qui s'oppose à l'invalidation, à savoir la disparition de l'un des contractants, implique elle-même la validité du contrat : à supposer que ce dernier soit invalidé, la société disparue renaîtrait et serait réputée n'avoir jamais cessé d'exister. Le formalisme peut alors sembler excessif, qui maintiendrait un contrat vicié, pour une raison qui s'effacerait si le vice pouvait être invoqué. Il n'est pourtant pas aisé de sortir de ce cercle.

466. Prenons tout d'abord le cas où c'est le consentement de la société absorbée qui se trouve vicié. Dans une espèce soumise le 24 avril 1967 à la Cour de Paris¹⁷, deux anciens associés de la société absorbée avaient obtenu du Président du Tribunal de commerce la nomination d'un mandataire *ad litem* « à l'effet d'introduire et de poursuivre... une demande en nullité de la convention de fusion... ». Considérant que la société apporteuse avait, par la fusion, perdu son existence légale, « qu'elle ne pourra (it) reprendre éventuellement qu'après l'annulation de la fusion », la Cour en conclut que « le mandataire *ad litem* qui lui a été désigné postérieurement à sa liquidation ne saurait la représenter valablement » et déclara la demande irrecevable.

¹⁵ Engel, p. 232.

¹⁶ Frehner, p. 89 ; Zollikofer, p. 90. Bastian, Juriscl. Soc., fasc. 164-3, ancienne éd., n. 65 et Copper-Royer, Fusion, n. 11, p. 56, considèrent que l'action en nullité n'est plus possible lorsque c'est la société absorbante qui est victime du dol ou de l'erreur et que la société apporteuse a disparu.

¹⁷ J.C.P. 1968.II.15517, note Orfila.

Jusque-là, le raisonnement est impeccable, mais la Cour de Paris crut bon d'ajouter « que seuls des anciens actionnaires sont en mesure d'agir en justice pour faire prononcer la nullité de la fusion intervenue »¹⁸. S'agissant d'une action fondée sur la nullité relative du contrat de fusion — il est vrai que le motif de nullité invoqué en l'espèce ne ressort pas de l'arrêt — on ne saurait cependant reconnaître aux anciens actionnaires le droit d'agir que si les actionnaires étaient les successeurs de la société disparue ou si celle-ci, en concluant le contrat, avait agi en représentation de ses actionnaires ; aucune de ces deux conceptions ne correspond à la logique de la fusion.

Cependant, ce n'est pas sur ce point que le commentateur de l'arrêt de Paris à la Semaine juridique critique la décision, mais bien en ce qui concerne le refus d'admettre la représentation de la société reprise par un mandataire *ad litem*. Pour lui, « la personnalité morale peut très bien exister sans le support que constitue le groupement, dès lors qu'il y a des intérêts collectifs à faire valoir ou à défendre » et l'on pourrait ainsi admettre la validité de la représentation de la société dissoute par un mandataire *ad litem*, « quitte à décider le contraire si l'action n'aboutit », puisqu'aussi bien, « si les juges admettent la nullité ou l'inexistence de l'acte, force est de conclure à une certaine survie de la personnalité morale »¹⁹. C'est certes là une tentative, plus ou moins convaincante, pour justifier logiquement un résultat commandé par l'équité, mais on peut se demander si elle n'offrirait pas la seule possibilité de sortir de l'impasse à laquelle aboutit un formalisme strict.

Transposant cette thèse en droit suisse, devrait-on procéder à la nomination d'un mandataire ou d'un curateur (art. 393 ch. 4 CCS) chargé d'émettre la déclaration d'invalidation ?

467. Si c'est le consentement de la société absorbante qui est vicié, le problème est semblable : cette société ne peut plus s'adresser à son cocontractant, dont elle est le successeur universel. Même les auteurs qui admettent que les anciens actionnaires de l'absorbée peuvent attaquer le contrat lorsque le vice réside dans la volonté de cette dernière société refusent d'envisager que la société absorbante puisse agir contre eux en nullité du contrat²⁰. Si l'on admet, dans l'hypothèse précédente, la représentation de la société absorbée par un mandataire *ad litem*, on pourrait toutefois accepter, dans le cas présent, la nomination d'un tel

¹⁸ Dans le même sens : Bastian, *loc. cit.* sous note 16 ; Copper-Royer, *Fusion*, n. 28, p. 141.

¹⁹ Orfila, note précitée sous note 17.

²⁰ Bastian et Copper-Royer, *loc. cit.* sous note 16.

mandataire pour défendre à l'action intentée par la société absorbante. Mais peut-on reconnaître à cette société le droit d'en requérir la nomination ?

Et si le vice du consentement affecte un contrat de fusion par combinaison, faudra-t-il faire nommer un mandataire pour chacune des sociétés fusionnantes, celui de la société défenderesse à la requête de celui de la société demanderesse ? Dès que l'on renonce, par souci d'équité, à la solution rigoureuse qui s'impose logiquement, on est en pleine incertitude.

468. Le problème est moins délicat dans certaines hypothèses de fusion-scission, et l'on pourrait concevoir que le dol émanant de l'une des sociétés reprenantes puisse être invoqué par une autre société reprenante également préexistante pour faire annuler l'ensemble du contrat. De même en cas de scission selon le droit suisse, qui n'entraîne pas ipso jure la disparition de la société scindée et ne donne pas lieu à une transmission universelle, il n'y a pas de confusion des parties à chacune des conventions d'apport et celles-ci pourraient plus facilement être invalidées.

469. Mais à supposer, ce qui est douteux sauf dans certains cas de scissions, que, du point de vue du droit des obligations, l'annulation du contrat de fusion ou de scission soit possible, une autre difficulté tient à l'intervention des règles propres à l'annulation des sociétés et des augmentations de capital. Quel que soit par ailleurs son particularisme, le contrat de fusion ou de scission est assimilable, de ce point de vue, à un contrat d'apport — et la scission du droit suisse consiste simplement en plusieurs conventions d'apport.

On sait qu'en Suisse, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les vices de la volonté du souscripteur ne peuvent plus être invoqués une fois la société ou l'augmentation de capital inscrite au registre du commerce ²¹, sous réserve, le cas échéant, de l'action en dissolution de la société prévue par l'article 643 alinéa 3 CO ; cette dernière disposition ne s'applique du reste pas, à notre avis, en cas d'augmentation de capital, car il ne paraît pas admissible de dissoudre une société en raison d'un vice affectant seulement la modification de son capital social ²². Par conséquent, l'invalidation du contrat de fusion ou d'une convention d'apport en cas de scission ne pourrait intervenir que dans les

²¹ ATF 32.II.96 ; 39.II.531 ; JT 1915.I.546 ; ATF 41.II.717 = JT 1916.I.213 ; ATF 41.III.140 ; 51.II.177. Siegwart, Vorbem. Art. 629-639 CO, n. 36 ; art. 650, n. 43 ; Recordon, SAG 45, p. 119-120.

²² Balastèr, p. 84 ; Siegwart, art. 650 CO, n. 45.

hypothèses exceptionnelles où l'opération se réalise sans augmentation de capital de la société reprenante.

En droit français, si l'opération comporte la création d'une société nouvelle, celle-ci ne peut, aux termes de l'article 360 alinéa 1 LSC, être annulée pour vice du consentement. En revanche, rien ne permet de penser que cette disposition doive s'appliquer aux augmentations de capital²³, qui ne sont d'ailleurs pas visées non plus par le texte correspondant de la directive européenne de 1968²⁴. Par conséquent, l'annulation d'une fusion ou scission déjà réalisée, pour vice du consentement de l'une des parties, pourrait être envisagée dans la mesure où l'opération ne comporte pas la création d'une société nouvelle.

470. L'annulation de l'opération fait revivre la société dissoute, dans laquelle les anciens actionnaires retrouvent leur place²⁵. On ne saurait toutefois méconnaître les difficultés pratiques d'une telle *restitutio in integrum*²⁶.

§ 3. La résolution du contrat de fusion ou de scission.

471. Le contrat de fusion ou de scission peut-il être résolu pour inexécution ? Si l'affirmative ne fait pas de doute, il faut préciser d'emblée que le domaine de cette résolution est assez restreint.

On considérait jadis, en droit français, que la société absorbée pouvait exercer l'action en résolution du contrat de fusion contre la société absorbante qui manquait à payer le passif mis à sa charge²⁷. Cette action pouvait notamment être exercée par les créanciers de la société reprise, agissant par la voie de l'action oblique de l'article 1166 C. civ. Cette solution se fondait sur l'idée, aujourd'hui condamnée par la loi de 1966, que la fusion ne pouvait, sans le consentement des créanciers de la société absorbée, décharger celle-ci de son passif et que, par conséquent, cette société conservait théoriquement une personnalité morale tant que tous ses créanciers n'étaient pas payés, et ce bien que la société bénéficiaire ait pris l'engagement de payer lesdits créanciers²⁸.

²³ Burst, *Jurisl. Soc.*, fasc. 160, n. 26.

²⁴ Art. 11.

²⁵ Voir, à propos de la résolution d'une fusion, Paris, 13 mai 1885 (3 arrêts), *J.S.* 1887.106 ; 1890.316 et 340.

²⁶ Cf. *infra*, n. 517 ss.

²⁷ Joly, *Fusion, scission, apport partiel*, 4^e éd., n. 31.

²⁸ Joly, *loc. cit.*

Nous avons eu l'occasion de dire que cette conception n'était plus celle du droit positif, pas plus en France qu'en Suisse, et que la réalisation de la fusion, comme celle de la scission au sens du droit français, entraînait *ipso jure* la disparition de la société ou des sociétés apporteuses²⁹. Nous avons vu également que le contrat de fusion ou de scission mettait à la charge des sociétés signataires l'obligation de réaliser les conditions légales de la fusion ou de la scission, dont les effets se produisaient *ex lege*³⁰. L'inexécution du contrat, susceptible de donner lieu à une action en résolution, ne peut donc consister que dans l'omission, de la part de l'une des sociétés, des actes nécessaires pour que la fusion produise ses effets.

472. Les hypothèses concrètes sont assez limitées. Dans le cas d'une fusion par absorption comportant une augmentation de capital de la société absorbante, nous avons considéré que l'exécution de la fusion consistait, en droit suisse, dans l'inscription de cette augmentation de capital au registre du commerce³¹ ; seule l'omission de cette inscription par les administrateurs de la société reprenante constitue donc une inexécution du contrat susceptible de justifier sa résolution par la société reprise. Une fois cette inscription opérée, le contrat est exécuté, la société apporteuse a disparu et la résolution n'est plus possible. En l'absence d'augmentation de capital, l'inexécution du contrat pourrait consister dans le défaut d'inscription au registre du commerce de la dissolution de la société absorbée, si l'on reconnaît à cette inscription un effet constitutif ; la société absorbante pourrait alors résoudre le contrat de fusion. S'il faut, comme nous le pensons, ne reconnaître à l'inscription au siège de la société absorbée qu'un effet déclaratif, la fusion se trouve réalisée dès la perfection du contrat et aucune inexécution n'est à envisager³².

En droit français, comme nous l'avons vu par ailleurs³³, la fusion par absorption est réalisée dès que les assemblées générales — et, le cas échéant, les assemblées spéciales — des sociétés participantes ont statué, et le contrat de fusion se trouve exécuté en même temps qu'il est conclu. Une inexécution n'est donc pas concevable. Il en va de même en cas de scission au profit de sociétés préexistantes.

473. Lorsque la fusion se réalise au profit d'une société nouvelle, le contrat n'est exécuté, en droit suisse comme en droit français, qu'au

²⁹ *Supra*, notamment n. 439.

³⁰ *Supra*, n. 289 ss.

³¹ *Supra*, n. 290.

³² *Supra*, n. 443 ; SAG 45, p. 116.

³³ *Supra*, n. 441 .

moment de l'inscription de cette société au registre du commerce³⁴. Jusque-là, la résolution pour inexécution serait donc possible. En fait, l'inexécution du contrat ne peut consister que dans le fait que l'une ou l'autre des sociétés fusionnantes s'abstient, une fois le contrat conclu par les décisions concordantes des assemblées générales, de prendre les mesures nécessaires à la constitution de la société nouvelle et refuse, en somme, d'agir comme fondateur de cette société. Il faudrait supposer, en droit suisse, que les administrateurs de l'une des sociétés se refusent à établir l'acte authentique de l'article 749 alinéa 3 chiffre 3 CO constatant la constitution de la société nouvelle, ou à procéder à son inscription au registre du commerce. En droit français, l'inexécution consisterait dans le refus, de la part des administrateurs de l'une des sociétés, d'établir et de signer les statuts de la société nouvelle, ou de convoquer l'assemblée constitutive.

474. Comme l'invalidation pour vice du consentement, la résolution du contrat de fusion ou de scission ne peut, en bonne logique, être invoquée que par les sociétés, non par leurs actionnaires. Dans les rares hypothèses où elle peut intervenir, on ne saurait de toute façon y voir un moyen de protection des actionnaires. Elle ne vise pas, en effet, à mettre à néant une fusion ou une scission irrégulière ou inéquitable, mais consacre seulement l'échec de l'opération projetée par suite de la défaillance de l'une des parties.

Une remarque analogue s'impose, d'une façon générale, au sujet de l'application du droit des obligations à la mise à néant du contrat de fusion ou de scission. Les principes généraux en la matière, dans la mesure où leur mise en œuvre n'est pas paralysée par les règles propres au droit des sociétés, ne confèrent aucun droit direct aux actionnaires. Aussi est-ce aux voies de droit propres aux sociétés anonymes que l'actionnaire désireux d'empêcher ou de mettre à néant une fusion ou une scission devra avoir recours, en s'attaquant à la décision de l'assemblée générale.

Section II : L'ANNULATION DE LA DÉCISION DE FUSION OU DE SCISSION.

475. L'action tendant à faire prononcer ou constater la nullité d'une fusion obéit aux principes généraux gouvernant les actions en nullité ou en annulation des décisions sociales. Nous ne saurions cependant nous

³⁴ *Supra*, n. 439.

borner à renvoyer sur ce point à notre première partie car l'application des règles générales au cas particulier des fusions et scissions pose un certain nombre de problèmes originaux. Aussi examinerons-nous, en trois paragraphes, les conditions de l'action, les causes de nullité ou d'annulation, enfin les effets de la nullité ou de l'annulation.

§ 1^{er}. *Conditions de l'action en annulation ou en constatation de nullité.*

476. Nous pouvons, pour l'essentiel, renvoyer au chapitre II de notre première partie³⁵, notamment en ce qui concerne la distinction, en droit suisse, entre l'action en annulation et l'action en constatation de nullité. Quelques précisions s'imposent toutefois, compte tenu des caractères particuliers de la fusion ou de la scission, au sujet, d'une part, de la qualité pour agir et pour défendre et, d'autre part, des conséquences de la réalisation de l'opération.

A. *Qualité pour agir et pour défendre.*

477. Nous examinerons successivement le cas de la décision de fusion de la société absorbée ou d'une société fusionnante, celui de la décision de scission de la société démembrée, celui de la décision de la société absorbante en cas de fusion ou d'une société reprenante lors d'une scission, enfin l'hypothèse d'un vice de constitution d'une société reprenante nouvelle.

478. L'action en annulation de la décision de fusion d'une société apporteuse appartient, en droit suisse, à la société ou à ses actionnaires, conformément à l'article 706 CO. Il en va de même en droit français, selon la jurisprudence traditionnelle³⁶. L'application de ce principe ne pose pas de problème tant que la fusion n'est pas réalisée : les actionnaires de la société apporteuse peuvent attaquer la décision de fusion comme toute autre décision de l'assemblée générale et l'action est dirigée contre la société.

Une fois la fusion réalisée, les actionnaires de la société apporteuse ont perdu leur qualité au sein de cette société, qui a elle-même perdu sa personnalité morale. Qui peut alors agir, et contre qui ? Le principe de la continuité du sociétariat conduit à reconnaître ce droit aux anciens

³⁵ *Supra*, n. 165 ss.

³⁶ Voir Joly, Nullités (feuillet vert), n. 23.

actionnaires de la société reprise. Quant à la légitimation passive, elle appartient à la société reprenante, successeur universel de la société apporteuse³⁷.

479. En cas de scission du droit français, l'application des mêmes principes conduit, selon nous, à décider que l'action d'un ancien associé de la société scindée doit être dirigée contre toutes les sociétés reprenantes, qui succèdent ensemble à la société démembrée. La situation est, bien entendu, différente en droit suisse, puisque les diverses sociétés reprenantes ne succèdent pas à titre universel à la société scindée. Seule celle-ci peut être actionnée, moyennant, si elle a déjà été radiée, sa réinscription au registre du commerce.

480. La décision de la société absorbante ou d'une société reprenante en cas de scission peut être attaquée par ses actionnaires. L'action est, évidemment, dirigée contre la société. La question se pose de savoir si elle peut être exercée seulement par ses anciens actionnaires ou s'il faut en étendre le bénéfice aux anciens actionnaires de la société ou des sociétés apporteuses, qui doivent à la fusion ou à la scission d'être devenus associés de la société reprenante. Contrairement à la doctrine dominante³⁸, nous estimons que l'on doit reconnaître en principe à un actionnaire le droit d'attaquer une décision de l'assemblée générale antérieure à l'acquisition de son titre ; c'est là une conséquence de l'*intuitus pecuniae* qui veut que les droits d'actionnaire, y compris celui d'attaquer les décisions sociales, soient attachés à la possession d'un titre et non à la personnalité de son titulaire. Ce même principe conduit, en cas de fusion ou de scission, à refuser le droit d'agir aux porteurs de titres nés de la fusion, puisque ces actions n'existaient pas au moment de la décision litigieuse et que leur existence même suppose la validité de celle-ci. Mais l'application stricte du principe invoqué aboutirait normalement à reconnaître le droit d'attaquer la délibération aux anciens actionnaires de l'absorbée ayant reçu des actions préexistantes de l'absorbante, lorsque la fusion ne se réalise pas ou pas uniquement par l'émission d'actions nouvelles de la société reprenante. Cette conséquence nous paraît inéquitable dans le cas particulier ; on conçoit mal que l'on doive accorder ou refuser à un ancien actionnaire de la société reprise le

³⁷ Bürgi, art. 748 CO, n. 87. Orléans, 22 juin 1972, D. 1972.jurisprudence. 548 : l'action en nullité de l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbée était, dans cette espèce, exercée contre l'absorbante. Req. 16 mars 1910, S.1913.1.153, note Wahl ; D.1911.1.148 : action en nullité d'une augmentation de capital de l'absorbée antérieure à la fusion.

³⁸ Bürgi, art. 706 CO, n. 50 ; Schucany, art. 706 CO, n. 1 ; F. von Steiger, p. 211.

droit de faire annuler la décision de la société reprenante, selon que l'action qu'il a reçue est ou non préexistante à l'opération. Il faut, à notre avis, considérer que l'action de la société reprenante remise en échange d'une action de la société reprise n'est en quelque sorte, en vertu du principe de continuité de la qualité d'actionnaire, que le prolongement de la seconde, et ce quelle que soit son origine. Le droit d'attaquer la décision de fusion de la société absorbante est donc réservé à ses anciens actionnaires ou à leurs ayants cause. Remarquons au passage qu'en droit suisse, il n'en serait pas de même si cette résolution se trouvait atteinte de nullité radicale au lieu d'être simplement annulable ; l'action en constatation de nullité est, en effet, ouverte à tout intéressé et un ancien actionnaire de la société apporteuse justifierait, selon nous, d'un intérêt suffisant. Notons encore que lorsque l'absorption se réalise sans augmentation de capital, il n'y a pas, en droit suisse, de décision de l'assemblée générale de la société reprenante ; une action en annulation est, par conséquent, impossible, mais une action en constatation de nullité serait concevable.

481. Lorsque la fusion ou la scission se réalise au profit d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, les règles relatives à la nullité des sociétés s'appliquent. Comme nous allons le voir, la nullité d'une société reprenante est pratiquement inconcevable. On doit toutefois admettre que l'assemblée constitutive, en droit français, peut être attaquée pour défaut de quorum ou de majorité conformément à l'article 173 alinéa 1 LSC tant que la société n'est pas immatriculée³⁹. Contre qui l'actionnaire doit-il alors agir, puisque, jusqu'à son immatriculation, la société n'existe pas encore en tant que personne morale ? La loi nouvelle ne fournit pas de réponse à cette question ; sans doute faut-il considérer que l'action peut être dirigée contre les fondateurs, c'est-à-dire les sociétés fusionnantes ou la société scindée qui, rappelons-le, conservent leur personnalité morale jusqu'à réalisation de l'opération, c'est-à-dire jusqu'à l'immatriculation de la société ou des sociétés nouvelles.

Remarquons que la question ne se pose pas en droit suisse. En cas de fusion par combinaison, il n'y a pas lieu, aux termes de l'article 749 CO, de tenir une assemblée constitutive de la société reprenante. De même, chacune des sociétés bénéficiaires d'un apport en cas de scission sera normalement constituée selon la procédure simultanée. A supposer que la procédure successive soit adoptée afin de recueillir des souscriptions extérieures, seule la société qui se scinde participerait, en tant que telle, à l'assemblée constitutive, non ses actionnaires qui ne

³⁹ *Infra*, n. 501.

pourraient donc agir en annulation. On peut se demander si l'on ne doit pas, cependant, leur reconnaître un intérêt suffisant pour agir, le cas échéant, en constatation de la nullité de cette assemblée ; l'action devrait normalement être exercée, avant l'inscription de la société nouvelle au registre du commerce, contre tous ses actionnaires, la société non encore inscrite constituant une société simple ⁴⁰.

482. Rappelons enfin que, dans le cadre de l'article 706 CO, l'actionnaire qui a approuvé une décision de l'assemblée générale perd, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de l'attaquer ⁴¹. Encore convient-il, à notre avis, de limiter l'application de ce principe au cas où cette approbation ne résulte pas d'un vice de la volonté ; si l'erreur ou le dol entachant le vote d'un actionnaire ne suffit pas, en droit suisse, à permettre l'annulation d'une décision de l'assemblée générale ⁴², il doit cependant empêcher que son acquiescement à la résolution attaquée ne puisse lui être opposé dans le cadre d'une action en annulation. L'action en constatation de nullité, quant à elle, est ouverte même à l'actionnaire qui a approuvé la décision litigieuse ⁴³.

En droit français, l'on distinguait jadis entre la nullité absolue d'une délibération, qui pouvait être invoquée par tout actionnaire quel que soit le sens de son vote à l'assemblée générale ⁴⁴, et la nullité relative qu'un actionnaire pouvait renoncer à invoquer, la renonciation tacite pouvant résulter d'un vote favorable à l'assemblée générale ⁴⁵. Le caractère absolu ou relatif des diverses nullités susceptibles d'affecter les délibérations d'assemblées générales faisait l'objet de controverses auxquelles le législateur de 1966 paraît avoir mis fin en établissant un régime des nullités propre au droit des sociétés ⁴⁶. Il semble qu'aujourd'hui, quelle que soit la cause de nullité et sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les décisions nulles et les décisions annulables, un actionnaire puisse renoncer à l'invoquer « par toute manifestation certaine de volonté » ⁴⁷, notamment par un vote favorable à l'assemblée générale

⁴⁰ Siegwart, Vorbem. art. 629-639 CO, n. 52.

⁴¹ ATF 74.II.41 = JT 1949.I.11 (p. 12).

⁴² Dans l'arrêt ATF 65.II.2 = JT 1939.I.359, le TF a admis, il est vrai, que la décision de décharge pouvait être attaquée pour cause d'erreur lorsque les faits sur lesquels s'était fondée l'assemblée générale se révélaient inexistantes ; mais la décision est intervenue dans le cadre d'une action en responsabilité de la SA contre les administrateurs, non dans celui d'une action en annulation selon l'article 706 CO.

⁴³ ATF précité note 41.

⁴⁴ Joly, Nullités (feuillets verts), n. 23.

⁴⁵ Civ. 4 juin 1946, J.C.P. 1947.II.3518, note Bastian.

⁴⁶ Schmidt, n. 171, p. 125.

⁴⁷ Schmidt, n. 172, p. 126.

La solution du droit français rejoint donc, selon nous, celle du droit suisse dans le cadre de l'article 706 CO.

B. Conséquences de la réalisation de l'opération.

483. Lorsqu'une fusion ou une scission se trouve réalisée, on doit se demander dans quelle mesure cette réalisation ne crée pas une situation irréversible susceptible de faire échec à la mise en œuvre de sa nullité. Pour la clarté de l'exposé, nous envisagerons successivement le cas du droit suisse et celui du droit français, en distinguant, à propos de chaque système juridique, selon que l'opération comporte ou non la création d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles.

1. Droit suisse.

484. En droit suisse, l'inscription d'une société au registre du commerce déploie, selon la terminologie traditionnelle, un *effet guérisseur*, en ce sens que la société, aux termes de l'article 643 CO, acquiert par là la personnalité morale, même si les conditions de l'inscription n'étaient pas remplies, autrement dit même si la procédure de fondation était viciée. Pour apprécier la portée de ce principe, il faut souligner que le système de la guérison vise à protéger les tiers en leur permettant de compter sur la validité d'une société constituée. L'inscription au registre du commerce s'oppose, par conséquent, à ce que l'existence d'une société soit remise en cause, si ce n'est par la voie de l'action en dissolution de l'article 643 alinéa 3 et 4 CO. Mais ce que l'inscription consolide, en quelque sorte, c'est seulement la personnalité morale de la société et la constitution de son capital social. Les vices de constitution ne sont pas, en eux-mêmes, « guéris »⁴⁸ mais leur mise en œuvre est paralysée dans la mesure où elle pourrait remettre en question l'existence de la société, le montant et la couverture de son capital social. Nous tenterons de tirer les conséquences de ces principes sur les actions en annulation ou en constatation de nullité qui pourraient être envisagées dans le cadre de la société reprenante elle-même et dans le cadre des sociétés apporteuses en cas de fusion ou de scission comportant la création de sociétés nouvelles.

485. Prenons le cas d'une fusion par combinaison. La phase de la procédure de fusion qui se déroule au niveau de la société en formation

⁴⁸ Voir Siegwart, art. 643 CO, n. 18 ss.

se limite en fait à la constatation, en la forme authentique, de sa constitution, et à son inscription au registre du commerce (art. 749 al. 3 ch. 3 CO). Le seul vice de forme concevable est donc le défaut d'acte authentique ; ce vice se trouve pleinement guéri par l'inscription⁴⁹. Reste, quant au fond, la nullité absolue de certaines clauses statutaires⁵⁰, qui pourrait être invoquée par tout actionnaire dans la mesure où cette nullité ne remet pas en cause la constitution de la société. On imagine mal que l'action en constatation de nullité puisse, dans ce cadre, servir à protéger les droits des actionnaires lésés par la fusion.

486. C'est uniquement au niveau de chacune des sociétés fusionnantes que l'on trouve une décision de l'assemblée générale susceptible d'être attaquée non seulement par une action en constatation de nullité, mais aussi par une action en annulation au sens de l'article 706 CO. Faut-il admettre qu'un ancien actionnaire de l'une des sociétés fusionnantes puisse faire annuler purement et simplement la décision de fusion de la société à laquelle il appartenait ? La situation ainsi créée serait inextricable, puisque la fusion elle-même ne pourrait être annulée en raison de l'inscription de la société reprenante au registre du commerce, et qu'une régularisation par une nouvelle assemblée de la société fusionnante serait impossible, cette société ne pouvant revivre pour tenir cette assemblée, du fait de la consolidation de la fusion à l'égard de la société nouvelle. On doit donc considérer que la réalisation de la fusion rend irrecevable une action en annulation ou en constatation de nullité de la décision d'une société fusionnante. L'hypothèse est à rapprocher du vice du consentement d'un souscripteur en dehors du cas de la fusion : une fois la société inscrite, l'invalidation de la souscription n'est plus possible⁵¹.

Le seul recours réside donc dans l'action en dissolution de l'article 643 alinéas 3 et 4 CO, qui peut être intentée dans les trois mois de la publication de la société nouvelle, « lorsque les intérêts de créanciers ou d'actionnaires sont gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation ». Mais cette action ne peut aboutir qu'à la liquidation de la société reprenante et ne fait pas revivre les sociétés fusionnantes.

487. Une annulation partielle de la décision d'une société fusionnante resterait-elle possible à la condition de ne pas remettre en cause l'existence et le capital social de la société nouvelle ? En principe sans doute,

⁴⁹ Siegwart, art. 637 CO, n. 12, 638 CO, n. 20.

⁵⁰ Siegwart, art. 643 CO, n. 20.

⁵¹ Siegwart, Vorbem. art. 629-639 CO, n. 36 et *supra* note 21.

mais une autre considération intervient ici : l'annulation en saurait, à notre avis, équivaloir à une modification unilatérale du contrat de fusion. Puisqu'une remise pure et simple des choses en leur état antérieur n'est pas réalisable, on ne saurait modifier, par l'annulation partielle de la décision de l'une des sociétés fusionnantes, les conditions du contrat acceptées par l'autre. Par conséquent, l'annulation partielle ne pourra, finalement, porter que sur les points n'intéressant que les anciens actionnaires de la société apporteuse dont la décision est attaquée. En pratique, on ne peut donc guère envisager qu'une remise en cause des parités internes, c'est-à-dire de la répartition des actions nouvelles entre les actionnaires d'une même société fusionnante, notamment pour méconnaissance du principe de l'égalité de traitement. Encore faudrait-il normalement, pour qu'une telle remise en cause soit réalisable, que l'annulation se suffise à elle-même, en d'autres termes que la suppression de l'inégalité de traitement fasse apparaître une nouvelle clé de répartition ; si tel n'est pas le cas, si la condamnation de la répartition inéquitable entraîne la nécessité de déterminer de nouvelles parités, plus personne n'est compétent pour remplacer la décision annulée : ni le juge, qui ne peut en principe se substituer à l'assemblée générale⁵², ni cette dernière puisque la société fusionnante a disparu. Faut-il alors, au nom de l'équité, assouplir la rigueur des principes jusqu'à permettre la réunion en assemblée générale des anciens actionnaires de la société fusionnante considérée⁵³ ? On ne saurait l'admettre ; l'assemblée générale ne tient son pouvoir que de sa qualité d'organe d'une société et ne pourrait en aucun cas lui survivre. Or la société fusionnante ne peut revivre, fût-ce le temps d'une assemblée, sans que soit du même coup remise en question l'existence de la société nouvelle née de ses cendres. On pourrait songer aussi, en vertu du principe de la succession universelle, à admettre la compétence de l'assemblée générale de la société reprenante nouvelle ; mais il serait choquant que les anciens actionnaires de l'une des sociétés fusionnantes puissent se voir imposer leur volonté par les anciens actionnaires de l'autre société dans un domaine où ils sont seuls intéressés.

488. Nous ne nous étendrons pas sur l'hypothèse, toujours dans le cadre du droit suisse, d'une scission par apports à des sociétés nouvelles. Là encore, la constitution de chacune des sociétés nouvelles ne peut être remise en question mais les décisions de la société scindée peuvent être partiellement annulées. Par rapport à la fusion par com-

⁵² *Supra*, n. 181.

⁵³ En ce sens, en droit français, Bastian, *Juriscl. Soc.*, fasc. 164-3, ancienne éd., n. 68-69.

binaison, les problèmes se trouvent considérablement simplifiés, tant en théorie que du point de vue pratique. D'une part, les seuls actionnaires en cause sont ceux de la société apporteuse unique. D'autre part, cette société ne disparaît pas du fait de son apport et la tenue d'une assemblée générale destinée à remplacer des résolutions annulées reste possible.

489. Examinons maintenant les hypothèses dans lesquelles l'opération ne comporte pas la création de sociétés nouvelles, et tout d'abord celle de la fusion par absorption avec augmentation de capital de la société absorbante. La question se pose de savoir s'il faut reconnaître à l'inscription de l'augmentation de capital, comme à celle de la société nouvelle en cas de combinaison, un effet guérisseur. Certains auteurs l'ont soutenu⁵⁴ et le Tribunal fédéral, sans se référer expressément à cette théorie, a considéré à plusieurs reprises qu'une souscription à une augmentation de capital ne pouvait être invalidée, une fois l'augmentation inscrite au registre du commerce, pour cause de dol ou d'erreur affectant le consentement du souscripteur⁵⁵.

L'analogie est manifeste entre la nullité ou l'annulabilité de la décision de fusion de l'absorbée et les vices de la volonté du souscripteur dans tout autre cas d'augmentation de capital. On serait donc tenté d'estimer que la nullité de cette décision ne peut plus être prononcée une fois la fusion réalisée. Telle n'est cependant pas la position adoptée par le Tribunal fédéral dans deux arrêts rendus en septembre 1971 à propos du refus, par les tribunaux bernois, de suspendre l'inscription au registre du commerce de la dissolution de la société Ursina-Franck, absorbée par Nestlé-Alimentana, jusqu'au jugement sur une action en annulation de la décision de fusion de la société reprise⁵⁶. Dans son arrêt du 3 septembre, la première Cour civile affirme que l'inscription de la dissolution de la société absorbée n'a rien d'irréversible, pas plus, le cas échéant, que la radiation de cette société, et qu'elle ne s'oppose nullement, par conséquent, à une annulation éventuelle de la décision de fusion⁵⁷. Bien que le Tribunal fédéral n'ait expressément refusé tout effet guérisseur qu'à l'inscription de la fusion au registre du siège de la société absorbée, cette position implique nécessairement, à notre avis, le rejet de la con-

⁵⁴ Balastèr, p. 84 ; Frehner, p. 88, pour le cas de la fusion. *Contra* : Geilinger, p. 138. Siegwart, art. 650 CO, n. 45, sans parler d'effet guérisseur, renvoie, pour le sort des vices de l'augmentation de capital après l'inscription, à ses commentaires sur l'art. 643 CO.

⁵⁵ ATF 39.II.531 ; JT 1915.I.546 ; ATF 41.II.717 = JT 1916.I.213 ; ATF 41.III.140.

⁵⁶ ATF 97.II.185 = JT 1972.I.649 (résumé) ; ATF 97.I.481 = JT 1972.I.494. Sur ces décisions et leurs implications, voir Recordon, SAG 45, p. 115.

⁵⁷ ATF 97.II.188-189.

ception selon laquelle l'inscription de l'augmentation de capital de l'absorbante déploierait un tel effet, car notre Cour suprême n'eût pas affirmé de manière aussi nette que la première inscription n'empêchait pas une annulation si elle avait estimé que la seconde s'y opposait. Ce d'autant plus que les deux inscriptions avaient été liées par les autorités du registre du commerce et que refuser de suspendre l'une, c'était permettre l'autre. L'annulation de la décision de la société reprise resterait donc possible malgré la réalisation de la fusion.

Qu'en est-il si la décision nulle ou annulable est celle de la société absorbante ? Il ne semble pas résulter des arrêts précités du Tribunal fédéral que l'annulation de la fusion reste possible quel que soit le vice affectant l'opération, mais seulement que les causes d'annulation de la décision de la société reprise ne sont pas de celles que l'inscription empêche d'invoquer. Le sort des nullités affectant l'assemblée générale de la société reprenante devrait donc être apprécié comme dans tout autre cas d'augmentation de capital, c'est-à-dire, d'après Siegwart⁵⁸, par référence aux solutions admises en matière de fondation. Ce qui implique un certain effet guérisseur de l'inscription, effet dont les limites sont du reste incertaines mais qui paraît s'opposer, dans la plupart des cas, à la recevabilité d'une action en annulation de l'assemblée générale de la société absorbante, et peut-être même à celle d'une action en constatation de nullité. Quant à l'action en dissolution de l'article 643 alinéas 3 et 4 CO, elle ne paraît en tout cas pas pouvoir être exercée à l'occasion d'une augmentation de capital⁵⁹.

Mais on arrive alors à cette situation paradoxale que la fusion pourrait être mise à néant lorsque la décision de l'absorbée est entachée d'un vice, mais non lorsque le même vice affecte la décision de l'absorbante. Faut-il alors renoncer à toute distinction selon que la décision viciée est celle de l'une ou de l'autre société, suivant en cela Bürgi⁶⁰, qui estime que la résolution considérée peut être annulée sur la base de l'article 706 CO dans la mesure où une appréciation comparative des intérêts en présence (*Interessenabwägung*) ne s'y oppose pas, l'action en constatation de nullité pouvant par ailleurs être exercée dans tous les cas ? Sans doute plus satisfaisante parce qu'elle met sur le même plan les actionnaires des deux sociétés, cette solution présente, du point de vue logique, le défaut de permettre l'annulation d'une augmentation de capital plus facilement si elle résulte d'une fusion que dans les autres cas.

⁵⁸ Siegwart, art. 650 CO, n. 45, renvoyant à art. 643 CO, n. 6 ss.

⁵⁹ *Supra*, n. 469 et note 22.

⁶⁰ Bürgi, art. 748 CO, n. 84 ss.

Comme en cas de combinaison, une annulation partielle des décisions de l'une ou l'autre société est en tout cas possible mais, là encore, les hypothèses concevables sont, en pratique, fort limitées et nous ne voyons guère, du côté de la société absorbée, que la répartition des actions d'apport entre les actionnaires de ladite société qui puisse être attaquée, les problèmes soulevés, le cas échéant, par la nécessité d'une décision de remplacement étant les mêmes qu'en cas de combinaison. Un problème analogue se pose d'ailleurs si la résolution partiellement annulée est celle de la société absorbante : la décision de remplacement ne doit-elle être prise que par les anciens actionnaires de cette société, ou est-elle de la compétence de l'assemblée générale dans sa nouvelle composition, qui comprend les anciens actionnaires de la société reprise ou leurs ayants cause ? Le fait que la décision doive émaner de l'assemblée générale en tant qu'organe social, quels que soient les individus qui la composent et les actions qu'ils détiennent, impose le choix de la deuxième solution⁶¹, avec cette conséquence que les anciens actionnaires de l'absorbante risquent de se voir imposer la volonté des anciens actionnaires de l'absorbée.

490. S'agissant d'une scission au profit de sociétés préexistantes avec augmentation de capital de ces dernières, les problèmes posés ne sont guère différents. Dans la mesure, cependant, où l'on admet en cas de fusion des solutions dérogeant à celles qui s'imposent dans les autres cas d'augmentation de capital par apport en nature, on se trouve ici ramené au droit commun puisque la scission actuellement possible en droit suisse n'est pas une institution juridique autonome, mais s'analyse en plusieurs apports effectués par la société démembrée aux sociétés reprenantes.

En cas d'annulation partielle de la décision de la société scindée, une décision de remplacement ne pose pas de problème, du fait que cette société n'est pas dissoute par ses apports.

491. Lorsque l'absorption ou la scission se réalise sans augmentation de capital⁶², la seule inscription au registre du commerce est celle de la dissolution de la société apporteuse. Cette inscription n'a rien d'irréversible et peut être rapportée s'il apparaît qu'elle a été faite à tort ou sur la base d'une décision ultérieurement annulée. La réalisation de l'opération ne met donc pas obstacle à une action en annulation ou en constatation de nullité des décisions de l'une ou l'autre des sociétés. Si la

⁶¹ *Contra*, en droit français, Bastian, *Juriscl. Soc.*, fasc. 164-3, ancienne éd., n. 69.

⁶² *Supra*, n. 443.

fusion entraîne, pour la société absorbante, une modification statutaire autre qu'une augmentation de capital, celle-ci doit, bien entendu, être inscrite au registre du commerce sur la base de l'article 647 CO, mais cette inscription est également réversible et ne porte d'ailleurs pas sur la fusion proprement dite.

2. *Droit français.*

492. En droit français, prenons tout d'abord le cas où une fusion ou une scission comporte la création de sociétés nouvelles ; l'opération se trouvera réalisée à compter de la constitution de la ou des sociétés reprenantes, donc à partir de leur immatriculation au registre du commerce. Dès lors, une fusion ou une scission ne peut plus être mise à néant que dans les conditions où la nullité des sociétés peut être prononcée. On sait que l'article 360 alinéa 1 LSC, dans sa dernière mouture résultant de l'ordonnance N. 69-1176 du 20 décembre 1969, n'a pas résolu tous les problèmes⁶³. Si l'on en croit les commentateurs de cette nouvelle disposition, les seuls cas de nullité d'une société anonyme qui subsistent aujourd'hui sans aucun doute sont l'illicéité ou le caractère contraire à l'ordre public de l'objet social (art. 362 LSC) et le fait que le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux, la question restant posée de savoir si le défaut de consentement, le défaut d'objet et le défaut d'*affectio societatis* entraînent également la nullité⁶⁴. L'existence de l'une de ces causes de nullité en cas de fusion ou de scission n'est pas inconcevable : l'objet social peut être illicite, ou le consentement faire défaut lorsque l'opération a été décidée par les conseils d'administration, sans approbation des assemblées générales. Nous ne nous étendrons pas sur ces hypothèses, si ce n'est pour relever que dans un tel cas, la nullité sera celle de la société nouvelle, non celle de la fusion ou de la scission. Par conséquent, la société nulle sera liquidée conformément à ses statuts et à la loi (art. 368 LSC) et non réabsorbée par les sociétés apporteurs. En cas de scission, la nullité de l'une des sociétés reprenantes laissera intactes les autres sociétés bénéficiaires des apports si la cause de nullité ne les affecte pas. Retenons surtout que la réalisation de l'opération, en rendant applicable le régime des nullités de sociétés, fait obstacle à la mise en œuvre de la nullité de la fusion ou de la scission en tant que telle⁶⁵. En revanche, nous pensons qu'il reste, comme

⁶³ Voir Hémar, Terré, Mabilat, D. 1970.Chron.45 (ch. V).

⁶⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁵ Ainsi, le défaut d'approbation de l'opération par les assemblées générales constitue bien un cas de nullité du contrat de fusion pour défaut de consentement ; voir *supra*, n. 458. Mais une fois la société nouvelle immatriculée, les dispositions sur la nullité des sociétés deviennent seules applicables.

en droit suisse, la possibilité d'une annulation partielle de ces résolutions dans la mesure où l'existence de la société reprenante n'est pas remise en question. Les problèmes soulevés par l'impossibilité d'une décision de remplacement de l'assemblée générale de la société dissoute sont les mêmes qu'en droit suisse ⁶⁶.

493. La situation est différente lorsque la fusion ou la scission ne comporte pas la création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles. La nullité de l'opération n'étant pas susceptible d'entraîner celle d'une société reprenante, elle reste soumise au régime des nullités des assemblées générales extraordinaires.

§ 2. *Les causes de nullité ou d'annulation.*

494. Si l'on fait maintenant abstraction des limitations que la réalisation de l'opération peut apporter à la mise en œuvre de certaines d'entre elles, la détermination des causes de nullité ou d'annulation d'une fusion ou d'une scission résulte de l'application pure et simple des règles générales en matière de nullité des décisions sociales. Nous passerons successivement en revue les vices de procédure et les violations des règles de fond.

A. *Les causes de nullité ou d'annulation de la décision de fusion ou de scission tenant à la procédure.*

495. En droit suisse, tout d'abord, la décision de fusion ou de scission de l'une ou l'autre société peut être atteinte de nullité radicale, donnant lieu à une action en constatation de nullité, lorsqu'il n'y a qu'une décision apparente (*Scheinbeschluss*) ou une décision inexistante (*Nichtbeschluss*) ⁶⁷. Ainsi, la décision n'est qu'apparente si elle n'a pas été prise par l'assemblée générale mais par le conseil d'administration, s'il n'y a pas eu de réunion des actionnaires mais une décision « par voie de circulation » ⁶⁸, si tous les actionnaires n'ont pas été convoqués ⁶⁹ ou ne l'ont pas été par les personnes habilitées. La décision est inexistante si l'assemblée générale n'a pas procédé à un vote ⁷⁰, si la majorité

⁶⁶ Voir cependant, avant 1966, Bastian, *Juriscl. Soc.*, fasc. 164-3, ancienne éd., n. 68-69.

⁶⁷ Voir Strub et *supra*, n. 172.

⁶⁸ Strub, p. 83 et les références citées.

⁶⁹ Strub, p. 88 et les références citées.

⁷⁰ Strub, p. 108.

absolue n'a pas été obtenue en faveur de la fusion⁷¹ ou si la décision n'a pas été constatée en la forme authentique⁷². Dans les cas où, du côté de la société reprenante, la décision est de la compétence du conseil d'administration, on se trouve en présence d'une décision apparente si ce conseil n'est pas régulièrement désigné⁷³.

496. Les autres irrégularités de forme de la décision de fusion ou de scission entraînent son annulabilité dans les conditions de l'article 706 CO. Il en est ainsi du défaut d'inscription à l'ordre du jour, du défaut de quorum légal⁷⁴ ou statutaire, du défaut de majorité qualifiée exigée par les statuts, etc.

497. La décision des assemblées spéciales est soumise aux mêmes causes de nullité ou d'annulation que celle des assemblées générales.

498. En droit français, l'article 190 du projet gouvernemental de loi sur les sociétés commerciales prévoyait la nullité des fusions opérées en violation des dispositions qui devaient devenir les articles 371 à 387 LSC. Ce texte fut supprimé lors des travaux parlementaires en même temps que la plupart des dispositions prévoyant des nullités, en raison de l'institution prévue d'un contrôle judiciaire de constitution.

Considérant à juste titre que la fusion est « un acte modifiant les statuts » au sens de l'article 360 alinéa 1 LSC et que la nullité d'un tel acte « ne peut résulter que d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats », constatant d'autre part que la seule disposition expresse prévoyant la nullité d'une décision de fusion est celle des articles 207-208 LSC visant le cas où la fusion n'aurait pas été approuvée par l'assemblée générale extraordinaire des propriétaires d'obligations échangeables de la société absorbée, certains auteurs se sont demandé si l'irrégularité dans le processus de fusion pourrait jamais être sanctionnée par la nullité, « sauf dans le cas très rare où la nullité pourrait être fondée sur le droit commun des contrats »⁷⁵. Mais la fusion résulte de décisions des assemblées gén-

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Strub, p. 111 et les références citées, en cas de modification statutaire. Du côté de la société reprise, la nécessité d'un acte authentique se fonde sur l'art. 736 ch. 2 CO relatif à la dissolution et, selon certains auteurs (Suter, p. 117), sur l'art. 647, considéré comme applicable à toutes les décisions visées à l'art. 649 CO.

⁷³ *Supra*, n. 172.

⁷⁴ Strub, p. 116.

⁷⁵ Burst, note sous Paris, 17 janvier 1972, J.C.P. 1972.II.17283 ; voir également Houin et Goré, D. 1967.Doctrine.174.

rales extraordinaires des sociétés en cause et les dispositions de la loi prévoyant la nullité de ces assemblées doivent recevoir application en cas de fusion. En tant que résolutions d'assemblées générales extraordinaires, les décisions de fusion ou de scission des sociétés préexistantes à l'opération sont soumises aux causes de nullité propres à cette sorte d'assemblées.

L'article 173 alinéa 1 LSC sanctionne par la nullité de la délibération la violation des règles de quorum et de majorité ⁷⁶, celle des dispositions relatives à l'ordre du jour ⁷⁷ et le défaut de feuille de présence ⁷⁸. L'annulabilité est la sanction des irrégularités dans les formes et les délais de convocation (art. 159 al. 2 LSC), et du défaut de communication préalable des documents sociaux (art. 173 al. 2 LSC). L'article 173 alinéa 2 LSC ne renvoie expressément qu'à la communication des documents sociaux prévue par les articles 168 et 169 et les dispositions correspondantes du décret. Parmi ces dispositions réglementaires figure notamment l'article 139 alinéa 2 DSC, qui prévoit la mise à la disposition des actionnaires « du rapport des commissaires aux comptes ⁷⁹ et du projet de fusion ou de scission » ; l'annulabilité pour défaut de communication de ces documents dans les délais ne fait donc pas de doute. En revanche, en ce qui concerne la société reprenante, la sanction du défaut de communication du rapport des commissaires aux apports est incertaine ; à notre avis, l'annulabilité s'impose par analogie avec le rapport des commissaires aux comptes. Telles sont les causes de nullité et d'annulabilité de la décision de fusion qui résultent de la loi sur les sociétés commerciales. Reste l'application des dispositions « qui régissent la nullité des contrats ».

499. On n'a pas manqué de critiquer, à juste titre, ce recours du législateur à la notion de contrat ⁸⁰ : si l'on ne peut guère considérer la société anonyme comme un contrat, les délibérations de son assemblée générale n'ont, à plus forte raison, rien à voir avec ce concept. Quoi qu'il en soit, si l'on s'en tient toujours à la formation de la résolution sociale, indépendamment de son contenu, la décision de fusion peut être annulée pour vice du consentement ou incapacité d'un actionnaire ⁸¹,

⁷⁶ Art. 153, 156 al. 3 et 4 LSC pour l'assemblée spéciale.

⁷⁷ Art. 160 LSC.

⁷⁸ Art. 167 LSC.

⁷⁹ En revanche, le défaut de rapport des commissaires aux comptes est, pour l'assemblée générale ordinaire, une cause de nullité et non de simple annulabilité (art. 173 al. 1 et 157 al. 2 LSC).

⁸⁰ Joly, *Nullités (feuillets verts)*, n. 53, note 25.

⁸¹ Joly, *Nullités (feuillets verts)*, n. 53 ; Schmidt, n. 155, p. 113.

ou encore par application de l'adage « *Fraus omnia corrumpit* »⁸². Il ne fait pas de doute que la décision est alors annulable et non nulle, c'est-à-dire que la nullité ne sera encourue que si l'irrégularité a influencé le vote⁸³.

500. Les assemblées spéciales sont soumises aux conditions de quorum et de majorité des assemblées extraordinaires (art. 156 LSC), et l'article 173 alinéa 1 LSC sanctionne par la nullité la méconnaissance de ces conditions. A notre avis, elles sont sujettes également aux autres causes de nullité ou d'annulation des assemblées extraordinaires.

501. Qu'en est-il maintenant de l'assemblée constitutive d'une société reprenante nouvelle, si l'on se place avant l'immatriculation de la société au registre du commerce ? Cette assemblée est-elle soumise aux seules causes de nullité de la société elle-même, ou à celles des assemblées extraordinaires ? On a soutenu que « l'emploi du terme « société » dans l'article 360, alinéa 1, englobe les actes ou délibérations antérieurs à la constitution de la société, c'est-à-dire à l'immatriculation... au registre du commerce et que ces actes ou délibérations ne peuvent être annulés que dans les mêmes conditions et pour les mêmes causes »⁸⁴. Il ne fait cependant pas de doute, à notre avis, que l'assemblée constitutive est nulle en cas de violation des règles de quorum ou de majorité ; en effet, l'article 81 alinéa 2 LSC précise que « l'assemblée constitutive délibère aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires », conditions dont la sanction est, comme on l'a vu, la nullité de la délibération. De même, nous pensons que, comme pour toute assemblée générale, la tenue d'une feuille de présence s'impose à peine de nullité, car on considère que seule cette feuille permet de s'assurer que le quorum et la majorité requis sont atteints. Mais l'incertitude subsiste quant à la sanction du non respect de l'ordre du jour, des irrégularités dans les formes et les délais de convocation, et du défaut de communication des documents sociaux, en particulier du rapport des commissaires aux apports. Il semble bien que les dispositions prévoyant, dans ces hypothèses⁸⁵, la nullité ou l'annulabilité des ré-

⁸² Schmidt, *loc. cit.* ; Nîmes, 8 juin 1960, D.1961.357, note Martine ; J.C.P. 1961.II.11949 ; S.1961.56, note Dalsace ; Gaz. Pal. 1961.I.26 ; note Houin, Rev. trim. dr. com. 1961, p. 389 : annulation pour fraude d'une assemblée de porteurs de parts convoquée conformément à la loi mais, intentionnellement, de manière que cette convocation échappe au porteur majoritaire.

⁸³ Sur le critère arithmétique ou psychologique de cette influence, voir Schmidt, n. 160 ss., p. 117 ss.

⁸⁴ Joly, Nullités (feuillets verts), n. 9.

⁸⁵ Sauf dans la dernière (défaut de rapport des commissaires aux apports) qui n'est, on vient de le voir (n. 498), visée par aucune disposition particulière.

solutions de l'assemblée générale extraordinaire ne soient pas applicables à l'assemblée constitutive.

502. Rappelons finalement que la nullité d'une société reprenante nouvelle pourrait sans doute être prononcée pour défaut de consentement, en particulier si la fusion n'a pas été décidée par les assemblées générales, mais par les seuls conseils d'administration des sociétés participantes. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette nullité de la société ou d'une société reprenante entraînerait sa dissolution, non la nullité de la fusion ou de la scission⁸⁶.

B. Les causes de nullité ou d'annulation tenant au contenu de la décision de fusion ou de scission.

503. Là encore, nous retrouvons la distinction entre les causes de nullité et les causes d'annulation. En fait, les hypothèses de nullité d'une fusion ou d'une scission sont fort limitées. Serait nulle⁸⁷, en droit suisse comme en droit français, la fusion ou la scission qui aurait pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires, en particulier en obligeant ceux de la société reprise à des prestations supplémentaires pour recevoir des actions de la société reprenante⁸⁸. Serait également nulle, en droit français, la décision de la société reprise approuvant son absorption par une société étrangère appartenant à un pays n'ayant pas conclu avec la France « une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique », car on considère que cela équivaut, pour la société absorbée, à un changement de nationalité contraire à l'article 154 LSC⁸⁹.

En droit français, la nullité d'une société reprenante, mais non de la fusion ou de la scission en tant que telle, pourrait être prononcée en raison du caractère illicite ou contraire à l'ordre public de son objet social, et peut être pour défaut d'objet⁹⁰.

504. Plus intéressants sont les cas où la fusion ou la scission est seulement annulable. En droit suisse, il en est ainsi, conformément à l'article 706 CO, dans toutes les hypothèses où la décision de l'une des

⁸⁶ *Supra*, n. 492.

⁸⁷ Sauf accord unanime ; voir *supra*, n. 371.

⁸⁸ Sous réserve de la question des *rompus* ; voir *supra*, n. 219.

⁸⁹ *Supra*, n. 371.

⁹⁰ *Supra*, n. 492.

assemblées générales participantes est contraire à la loi ou aux statuts. En particulier, l'annulation, partielle ou totale, de la décision peut être prononcée pour atteinte aux droits acquis ou pour abus de droit. En droit français, aucune disposition expresse de la loi sur les sociétés commerciales ne prévoit de cas d'annulation pour des motifs de fond. Reste, en revanche, l'hypothèse de l'abus de majorité.

505. On imagine sans peine qu'une fusion puisse porter atteinte aux droits acquis de certains actionnaires de l'une ou l'autre société. La notion de droits acquis est assez fluctuante et l'intangibilité de tel droit particulier ne peut, d'ordinaire, être déterminée que de cas en cas, compte tenu des statuts de la société en cause. Du moins pouvons-nous ici donner quelques exemples.

506. Pour l'actionnaire de la société reprise, nous avons déjà eu l'occasion de dire que la fusion ne permettait pas de lui imposer une modification de ses droits à laquelle il n'eût pas été contraint de consentir si la société s'était poursuivie⁹¹. Nous avons cependant admis que le droit acquis au sociétariat n'empêchait pas la réalisation de fusions avec rompus, susceptibles d'entraîner l'exclusion de certains actionnaires qui ne détenaient pas un nombre suffisant de titres à échanger⁹². Mais si le droit acquis au sociétariat perd, dans ce cas, son caractère absolu, il n'en reste pas moins un droit acquis relatif, et la légitimité de l'atteinte qui lui est portée par les conditions de la fusion dépend d'une appréciation des intérêts en présence. La fusion pourrait être annulée pour atteinte aux droits acquis si l'intérêt social — conçu, ici plus que jamais, comme l'intérêt de l'entreprise sociale puisque la société, en tant que telle, disparaît — ne justifiait pas l'atteinte portée aux intérêts des actionnaires partiellement ou totalement exclus. A notre avis, plus le nombre de titres à présenter à l'échange pour obtenir un nombre entier d'actions de la société absorbante est élevé, plus difficilement les conditions de l'opération peuvent se justifier par l'intérêt social.

L'actionnaire contraint, en cas d'échange avec rompus, de vendre ses « titres flottants » peut être assimilé à celui dont la société est dissoute purement et simplement et qui touche une part de liquidation⁹³. Si la possibilité effective ne lui est pas donnée de céder ses titres à des conditions équitables, l'opération porte atteinte, à notre avis, à son droit acquis à une part de liquidation.

⁹¹ *Supra*, n. 217.

⁹² *Supra*, n. 219.

⁹³ *Ibid.*

507. Le droit au libre transfert des actions, dont on sait qu'il constitue, d'après la jurisprudence, un droit acquis relatif, se trouve atteint lorsque des actions dont le transfert est soumis à une clause d'agrément sont remises en échange d'actions librement transmissibles. Il est toutefois douteux que cette circonstance suffise à provoquer l'annulation de la fusion. Si la clause d'agrément existait avant la fusion dans la société absorbante, nous serions tenté de penser que l'intérêt social qui justifie, du point de vue de la société absorbée, la fusion elle-même, justifie du même coup la restriction au transfert des droits sociaux qu'emporte la soumission aux statuts de la société absorbante. Mais on peut aussi admettre que le droit au libre transfert justifie une annulation partielle de la décision de la société absorbée en tant qu'elle comporte l'adoption de la clause d'agrément figurant dans les statuts de l'absorbante, ce qui aurait pour effet de rendre ladite clause inopposable aux anciens actionnaires de la société apporteuse. Si l'on admet la thèse selon laquelle la sanction d'une atteinte aux droits acquis résultant d'une modification statutaire est l'inopposabilité ou nullité relative de la clause litigieuse à l'égard des actionnaires opposants, on pourrait considérer que la clause d'agrément est inopposable de plein droit aux anciens actionnaires de la société absorbée qui n'ont pas voté la fusion⁹⁴. Mais nous hésitons à admettre une inopposabilité de plein droit en matière de droit acquis relatif, car cette notion même suppose une appréciation des intérêts en cause qui n'est possible que dans le cadre d'une action en annulation.

508. Une question délicate est celle de l'appréciation, du point de vue des droits acquis, d'une fusion dont les conditions sont défavorables aux actionnaires de l'une des sociétés participantes. Que l'apport de sa société soit sous-évalué ou que la valeur de l'autre société soit surestimée, il ne fait pas de doute que l'actionnaire qui reçoit des titres de valeur réelle inférieure à celle des actions qu'il détenait auparavant est lésé dans ses droits pécuniaires ; une partie du patrimoine social sur lequel il possédait des droits proportionnels au montant de sa participation lui échappe et profite aux actionnaires de l'autre société — société absorbante ou autre société fusionnante. La situation des anciens actionnaires de la société absorbante n'est pas différente dans le cas où cette société a été sous-évaluée ou l'actif repris sur-évalué. Y a-t-il là, véritablement, une atteinte à des droits acquis, susceptible de jus-

⁹⁴ Du moins si l'on admet, avec Schucany, art. 706 CO, n. 2 B, et contre Schluep, SJZ 54, p. 212, que l'inopposabilité ne nécessite pas d'action judiciaire ; voir *supra*, n. 185.

tifier l'annulation de la fusion ? Nous ne le pensons pas. Une hypothèse fort proche quant à ses conséquences pour les actionnaires lésés est celle où une société possédant des réserves procède à une augmentation de capital par l'émission d'actions nouvelles au pair, le droit de souscription préférentiel des anciens actionnaires étant écarté. Les droits proportionnels de ces derniers sur la fortune sociale s'en trouvent diminués, mais aussi longtemps que la majorité n'a pas abusé de son droit, qu'elle n'a pas méconnu le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires ou sacrifié les intérêts de ces derniers à des intérêts extérieurs, elle a souverainement apprécié l'intérêt social et sa décision ne se heurte à aucun droit acquis⁹⁵.

509. La cause d'annulation qui paraît susceptible d'intervenir le plus fréquemment dans le cadre d'une fusion ou d'une scission est l'abus de droit, consistant en particulier dans une inégalité de traitement entre les actionnaires⁹⁶. Cet abus de droit peut d'ailleurs se doubler d'une atteinte aux droits acquis de la minorité. Nous nous bornerons, là encore, à quelques exemples.

510. Du côté de la société reprise, l'abus de droit peut consister dans l'approbation d'un rapport d'échange tel que, par l'exigence d'un nombre élevé de titres à échanger pour obtenir un nombre entier d'actions de la société reprenante, il aboutisse à éliminer les petits porteurs au profit des majoritaires disposés à racheter les titres flottants, et ce sans que l'intérêt social le justifie. L'annulation doit dans ce cas, à notre avis, être encourue même si le rapport d'échange ainsi calculé était le seul possible, dans la mesure où l'intérêt social n'imposait pas absolument la fusion elle-même. Le juge devra donc procéder à une appréciation comparative des intérêts en présence. Il y a également abus de droit si le rapport d'échange est défavorable à tous les actionnaires de la société reprise, mais que les majoritaires en profitent car ils détiennent en même temps des actions de la société reprenante. L'abus de droit peut encore résider dans le choix de parités internes défavorables à certaines catégories d'actionnaires, notamment si la décision a été acquise, au sein

⁹⁵ Comp. ATF 91.II.298 = JT 1966.I.264 : l'assemblée générale d'une SA avait décidé de procéder à une augmentation de capital, le droit de souscription étant réservé à certains actionnaires ; des motifs de cet arrêt (cons. 5), il paraît résulter que même si la société, qui possédait des réserves importantes, avait émis les nouvelles actions au pair, l'opération ne pouvait être sanctionnée que sur la base de l'inégalité de traitement et non de la méconnaissance d'un droit acquis de l'actionnaire, exclu du droit de souscription, sur la fortune sociale.

⁹⁶ Sur cette notion, voir *supra*, n. 182.

d'une assemblée spéciale, par le vote d'actionnaires qui, détenant également des actions d'une autre catégorie, ont fait prévaloir les intérêts des porteurs de ces dernières titres.

511. Un cas typique de rupture de l'égalité de traitement peut se rencontrer en cas de scission, lorsque chacun des actionnaires de la société scindée ne se voit pas attribuer un droit proportionnel à des actions de toutes les sociétés reprenantes. Rappelons qu'une scission *ratione personae* est certes possible, mais que ce mode de répartition ne saurait être imposé aux actionnaires qui n'y consentent pas⁹⁷. Il faut toutefois remarquer qu'en droit suisse, la scission n'étant pas une opération une et indivisible, seule la décision de répartition pourrait être annulée sur cette base, non l'apport aux sociétés reprenantes.

512. Toutes les hypothèses envisagées, en droit suisse, au titre de l'abus de droit ou de l'inégalité de traitement se retrouvent en droit français, sous la rubrique de l'abus de majorité. Il convient seulement de rappeler ici que l'abus de majorité suppose, de la part des majoritaires, la conscience de s'avantager aux dépens de la minorité, condition qui n'est pas nécessaire, en droit suisse, à la réalisation de l'abus de droit⁹⁸.

§ 3. *Les effets de la nullité ou de l'annulation de la décision de fusion ou de scission.*

513. Le premier problème à examiner ici est celui des rapports entre l'annulation de l'assemblée spéciale et celle de l'assemblée générale. Le second, plus épineux, est celui des effets de l'annulation de la décision de fusion de l'une ou l'autre société sur une fusion ou scission déjà réalisée.

A. *Nullité de l'assemblée spéciale et nullité de l'assemblée générale.*

514. Lorsque la résolution annulée est celle d'une assemblée spéciale, quels sont les effets de cette annulation ? Le principe est que la décision de l'assemblée générale elle-même ne se trouve pas annulée, mais que

⁹⁷ *Supra*, n. 225.

⁹⁸ *Supra*, n. 184. Sur l'annulation, pour abus de droit, de la décision de fusion d'un SARL absorbée par une SA, voir Com. 11 oct. 1967, D.1968.Jurisprudence, 136 ; Rev. trim. dr. com. 1968, p. 94, note Houin. Voir également Paris 17 janv. 1972, J.C.P. 1972.II.17283, note Burst.

ses effets sont seulement suspendus jusqu'à ce qu'intervienne une nouvelle résolution, régulière cette fois-ci, de l'assemblée spéciale⁹⁹. Cette solution est satisfaisante si l'annulation de l'assemblée spéciale est prononcée pour vice de forme ; en revanche, nous sommes d'avis que l'annulation de l'assemblée spéciale pour des motifs tenant au contenu de la décision, par exemple en cas d'abus de majorité, entraîne automatiquement celle de la décision correspondante de l'assemblée générale, car on ne peut alors attendre une seconde résolution de l'assemblée spéciale conforme à celle de l'assemblée générale¹⁰⁰.

Une autre question est de savoir si, dans ce cas, l'annulation de la décision de l'assemblée spéciale a pour conséquence l'annulation totale ou partielle de la décision de fusion de l'assemblée générale. A notre avis, conformément aux principes généraux en matière de nullité (cf. art. 20 al. 2 CO), la nullité de l'ensemble de la délibération de fusion doit résulter de celle de l'assemblée spéciale dans la mesure où les clauses du contrat de fusion sont indissociables, ce qui est le cas habituel. Mais certaines hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles les clauses relatives au statut de la classe d'actions particulière peuvent être annulées sans entraîner la nullité de toute l'opération ; il en est ainsi, pensons-nous, si le vice affectant la délibération peut être supprimé par une modification des parités internes, par exemple si une seule classe d'actions doit être attribuée aux porteurs de titres différents de la société reprise et que la répartition de ces actions est seule contestée. Dans un tel cas, l'annulation de l'assemblée spéciale n'entraîne, à notre avis, qu'une annulation partielle de la résolution de l'assemblée générale.

515. Nous pensons que les mêmes principes doivent s'appliquer quant aux effets de l'annulation de l'assemblée générale sur la validité de l'assemblée spéciale. On pourrait certes considérer que l'annulation de la première prive la seconde de tout fondement et que celle-ci se trouve annulée *ipso jure*. En fait, les deux assemblées sont la condition l'une de l'autre et il n'y a aucune raison de ne pas admettre que la validité de l'assemblée spéciale se trouve seulement suspendue par l'annulation de l'assemblée générale affectée d'un vice de procédure.

516. Les conclusions qui précèdent ne soulèvent pas d'obstacle insurmontable tant que la fusion ou la scission n'est pas encore réalisée. La

⁹⁹ Joly, Assemblées d'actionnaires (feuillet vert), n. 148.

¹⁰⁰ La question est d'ailleurs un peu théorique, car le motif de nullité affectant le contenu de la décision de l'assemblée spéciale atteindra aussi celui de la résolution de l'assemblée générale et l'action dirigée contre la première le sera également contre la seconde.

question est plus délicate lorsque les décisions de fusion ont déjà produit leurs effets. Quelles sont alors les conséquences de l'annulation d'une assemblée spéciale ? Le seul cas théoriquement simple est celui de l'annulation pour un motif de fond, qui entraîne purement et simplement l'annulation de l'assemblée générale et la mise à néant de la fusion en tant que telle, dans la mesure, bien entendu, où cette annulation est encore possible. Si l'annulation de l'assemblée spéciale entraîne seulement l'annulation partielle de l'assemblée générale, on se trouve devant le problème, déjà rencontré, de la décision de remplacement ¹⁰¹.

En cas d'annulation pour vice de forme, on peut certes admettre que les effets de la décision de l'assemblée générale sont seulement suspendus, mais cette suspension signifie néanmoins que la fusion devrait être provisoirement rapportée jusqu'à ce qu'une décision régulière de l'assemblée spéciale soit acquise.

On serait tenté de chercher une solution à ce genre de difficultés dans l'article 263 LSC qui permet au juge de « fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités », au besoin par la convocation d'une nouvelle assemblée. En fait, cette régularisation pose, en cas de fusion ou de scission, des problèmes particuliers. Comme nous l'avons déjà mentionné, une décision de remplacement de l'assemblée générale — ou spéciale — de la société absorbée n'est plus possible du fait de la disparition de cette société ¹⁰². Voudrait-on ne voir là que formalisme excessif que l'on ne pourrait, dans la plupart des cas, reconstituer en pratique une assemblée de la société reprise. Faudrait-il rendre à cette assemblée la composition qu'elle avait lors de la décision irrégulière ? La chose n'est pas facile, notamment lorsque la société reprise possédait des actions au porteur. Faudrait-il au contraire calculer, en fonction du rapport d'échange, le nombre de voix auquel les titulaires actuels des actions attribuées à l'occasion de l'opération auraient eu droit dans la société dissoute ¹⁰³ ? Là encore, le calcul n'est, en pratique, réalisable que lorsqu'une action de l'absorbée a été échangée contre une action de l'absorbante ; si l'échange comportait des rompus et que des actions d'apport ont été réalisées depuis l'opération, la reconstitution d'une assemblée générale de la société apporteuse s'avère impossible. Sans doute objectera-t-on que des difficultés analogues se présentent si la fusion est effectivement annulée, mais cela n'a pas pour effet de rendre plus facile la régularisation.

¹⁰¹ *Supra*, n. 487, 489.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Bastian, *Juriscl. Soc.*, fasc. 164-3, ancienne éd., n. 69.

B. Annulation de la décision et mise à néant de la fusion.

517. Quelles sont maintenant les conséquences de l'annulation de la décision de fusion sur le plan de la fusion elle-même ?

On sait qu'en principe, tant en droit suisse qu'en droit français, le jugement prononçant ou constatant la nullité d'une assemblée générale a un effet *ex tunc*, « de sorte que, dès le jugement, la décision annulée sera réputée n'avoir jamais existé et, en théorie tout au moins, ses effets juridiques devront être purement et simplement supprimés »¹⁰⁴. En droit français, si l'article 368 LSC écarte, en cas de nullité de la société elle-même, le principe de l'effet *ex tunc*, la loi ne dit rien quant aux effets de la nullité des actes et délibérations intervenus au cours de la vie sociale, et il convient donc de se reporter sur ce point au droit commun des nullités et de considérer que la délibération annulée est rétroactivement effacée¹⁰⁵.

Cette solution ne pose pas de problèmes particuliers si l'annulation intervient avant la réalisation de l'opération. En revanche, une fois la fusion ou la scission effective, peut-on vraiment considérer que transfert de patrimoine, augmentation de capital et échange des droits sociaux doivent être réputés ne s'être jamais produits ? Une telle solution nous paraît se heurter à deux catégories d'intérêts¹⁰⁶.

518. D'une part, dans la mesure où la société reprenante a augmenté son capital, ses créanciers, ceux du moins dont la créance est postérieure à la fusion, ont pu compter sur le capital augmenté. Admettre que la fusion puisse être purement et simplement rapportée, c'est porter atteinte au principe du maintien du capital social dans l'intérêt des tiers et, en droit français, à la règle selon laquelle « ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi » (art. 369 LSC). Doit-on alors considérer la nullité comme inopposable aux créanciers de la société absorbante, qui pourraient se prévaloir de l'augmentation de capital annulée et obliger, le cas échéant, la société absorbée à effectuer à nouveau l'apport restitué si cela était nécessaire à leur désintéressement ?¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Patry, Annulation, p. 28 ; Bürgi, art. 706 CO, n. 66.

¹⁰⁵ Joly, Nullités (feuillets verts), n. 89.

¹⁰⁶ Pour un examen détaillé des intérêts en présence et une plus ample justification des solutions proposées ci-dessous aux n. 518-519, voir en droit suisse, à propos de l'annulation de la décision de la société absorbée lorsque la fusion comporte une augmentation de capital de l'absorbante : Recordon, SAG 45, p. 115.

¹⁰⁷ Cf. Burst, Juriscl. Soc., fasc. 160, n. 69.

Nous pensons plutôt que l'annulation d'une décision de fusion de l'une ou l'autre société ne saurait avoir pour effet immédiat la mise à néant rétroactive de l'opération de fusion, mais qu'elle oblige la société absorbante à procéder, dans les formes des articles 732 et suivants CO ou 215 et suivants LSC, à une réduction de capital. Ce n'est qu'une fois accomplies les formalités prévues par ces dispositions que le transfert de patrimoine pourra être annulé, de même que les actions d'apport émises lors de la fusion, et que la société absorbée renaîtra à la vie juridique.

519. D'autre part, les acquéreurs éventuels d'actions de la société absorbante créées à l'occasion de la fusion — dans la mesure, en droit français, où ces titres sont négociables — méritent eux aussi protection. On ne pourrait, à notre avis, annuler leurs titres dans le cadre de la réduction de capital de la société reprenante et les exclure ainsi de cette société. Les actions aliénées doivent donc demeurer valables. Mais, du fait de la restitution de l'apport-fusion à la société absorbée, ces titres ne sont plus libérés. Il incombe, selon nous, à l'ancien actionnaire de la société reprise, qui va retrouver sa place dans cette dernière et se trouvera donc enrichi du prix de vente de son action d'apport, de libérer celle-ci au moyen de ce prix.

520. Finalement, si l'action en annulation d'une fusion ou d'une scission peut être un moyen de défense de l'actionnaire, ce moyen n'est satisfaisant, en pratique, que s'il peut intervenir avant la réalisation de l'opération. Une fois la fusion ou la scission réalisée, la recevabilité elle-même de l'action en annulation se trouve limitée, en tout cas en cas de création d'une société nouvelle. A supposer même que l'action soit recevable et aboutisse, la mise à néant de l'opération pose des problèmes juridiques et pratiques considérables, surtout dans le cas normal où la société ou les sociétés reprenantes ont augmenté leur capital. Si la fusion est effective depuis un certain temps au moment où le jugement d'annulation intervient, il est à craindre que la remise des choses en l'état ne se heurte à des difficultés insurmontables. Il n'est pas sûr que l'actionnaire lésé par une fusion puisse trouver avantage à son annulation si la structure des deux entreprises a été suffisamment modifiée durant la période où elles étaient réunies pour compromettre les chances de survie des sociétés à nouveau séparées. Les faits économiques refusent parfois de se plier au pouvoir divin du juge de faire que ce qui fut n'ait pas été.

Le droit allemand fournit une solution partielle à ces difficultés en soumettant l'inscription de la fusion au registre du commerce à l'écoulement du délai pour agir en annulation sans qu'une action ait été

introduite, ou au rejet d'une telle action par un jugement passé en force de chose jugée (§ 345 Ab. 2 AktG) ; seule subsiste alors la possibilité d'une action en constatation de nullité. En l'absence d'une telle règle en droit suisse¹⁰⁸ ou français, l'actionnaire désireux d'attaquer une fusion ou une scission pourra tenter d'en empêcher la réalisation en requérant du juge une mesure provisionnelle.

Section III : LES MESURES PROVISIONNELLES.

521. Nous ne prétendons pas nous engager ici dans les arcanes de la procédure civile ou commerciale, ni examiner les divers moyens que les codes cantonaux peuvent, dans notre pays, mettre à la disposition de l'actionnaire désireux d'empêcher la réalisation d'une fusion qu'il entend attaquer. Nous nous bornerons à étudier rapidement, d'une part, la procédure d'opposition prévue en Suisse par l'article 32 alinéa 2 ORC, d'autre part, les pouvoirs du président du tribunal de commerce français statuant en référé.

522. En droit suisse, la réalisation d'une fusion par combinaison ou d'une fusion par absorption avec augmentation de capital, comme celle des apports aux sociétés reprenantes en cas de scission si ces sociétés augmentent leur capital social, résulte, rappelons-le, d'une inscription au registre du commerce¹⁰⁹. Empêcher la réalisation de l'opération jusqu'à ce qu'il soit statué sur une action en annulation, c'est donc suspendre, jusqu'au jugement, cette inscription. L'article 32 alinéa 2 ORC dispose que, « si une opposition de droit privé est formée contre une inscription non encore opérée, le préposé impartial à l'opposant un délai suffisant d'après la procédure cantonale pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle ».

L'actionnaire décidé à attaquer une fusion devra donc faire opposition à l'inscription auprès du préposé au registre du commerce et requérir du juge la suspension de l'inscription, par une ordonnance provisionnelle, jusqu'au jugement sur le fond. Du fait de la liaison établie entre les deux inscriptions par la pratique du registre du commerce, il semble que l'actionnaire puisse, avec le même résultat, faire opposition à l'inscription à opérer au siège de l'une ou l'autre société ; il peut donc s'opposer

¹⁰⁸ Bùrgi, art. 748 CO, n. 84, suggère à juste titre, de lege ferenda, l'adoption en droit suisse d'une disposition analogue.

¹⁰⁹ *Supra*, n. 442.

à l'inscription au siège de la société à laquelle il appartient même s'il ne s'agit pas de l'inscription constitutive : si l'inscription de la dissolution de la société reprise se trouve suspendue, il en ira de même de celle de l'augmentation de capital de la société absorbante.

On peut s'interroger sur la portée de l'article 32 alinéa 2 ORC. Il est certain qu'il ne confère pas au juge cantonal l'obligation de suspendre l'inscription au registre du commerce chaque fois qu'il en est requis, sans aucun égard pour les mérites des motifs invoqués et, en particulier, chaque fois que l'opposant entend agir en annulation contre la décision sociale soumise à inscription. Mais on pourrait au moins estimer que ce texte confère au juge la compétence d'adopter une mesure provisionnelle en ce sens. Telle n'est cependant pas la position du Tribunal fédéral, qui a récemment réaffirmé que cette disposition renvoyait à la loi de procédure cantonale¹¹⁰. Il faut donc une autorisation expresse de la législation cantonale pour permettre au juge d'interdire provisoirement l'inscription au registre du commerce¹¹¹.

522-1. En France, l'inscription au registre du commerce est également constitutive lorsque la fusion ou la scission comporte la création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles¹¹². L'actionnaire désireux d'attaquer la décision de fusion ou de scission aura donc intérêt, comme en Suisse, à s'opposer à l'immatriculation de la société nouvelle. Le décret du 23 mars 1967 sur le registre du commerce ne prévoit pas de procédure d'opposition. En revanche, nous pensons que l'article 417 alinéa 3 du Code de procédure civile permet au président du tribunal de commerce de suspendre l'immatriculation jusqu'au jugement sur le fond.

Lorsque l'opération ne comporte pas la création d'une société nouvelle, elle est réalisée dès l'adoption de la décision de fusion par les assemblées générales de toutes les sociétés participantes¹¹³. Si l'actionnaire désireux d'attaquer la fusion ou la scission ne peut plus alors l'empêcher, il doit du moins tenter d'éviter que la remise des choses en l'état ne soit compromise dans le cas où son action en annulation aboutirait. Compte tenu de la jurisprudence récente en matière d'administration judiciaire¹¹⁴, nous estimons qu'il devrait pouvoir obtenir du juge des référés la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un « contrôleur de gestion »¹¹⁵ chargé de veiller à ce que la séparation des sociétés réunies ne

¹¹⁰ ATF 97.II.185 = JT 1972.I.649 (résumé) ; ATF 97.I.481 = JT 1972.I.494.

¹¹¹ Patry, Annulation, p. 30.

¹¹² *Supra*, n. 439.

¹¹³ *Supra*, n. 441.

¹¹⁴ *Supra*, n. 205 ss.

¹¹⁵ Comp. Com. 10 janv. 1972, J.C.P. 1972.II.17134, note Guyon.

soit pas rendue pratiquement impossible en cas d'annulation de l'opération.

522-2. Les mesures provisionnelles sont d'un maniement délicat. Retarder une fusion, ce peut être la rendre irréalisable, empêcher une véritable intégration des entreprises une fois la fusion juridiquement réalisée, c'est risquer de compromettre les chances de la nouvelle entité économique. Le juge devrait pouvoir, avant de prendre de telles mesures, peser les chances réelles de l'action en annulation ¹¹⁶.

¹¹⁶ Les dispositions des codes de procédure relatives aux mesures provisionnelles subordonnent d'ordinaire l'octroi de telles mesures à la preuve que l'action principale présente des chances de succès. Voir notamment, à propos du code de procédure bernois, les arrêts précités sous note 110.

CHAPITRE II

LES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ

523. Le chapitre précédent a mis en lumière, nous l'espérons, les difficultés juridiques et pratiques soulevées par la mise à néant d'une fusion ou d'une scission. Plus sans doute que dans l'annulation de l'opération, c'est dans la mise en œuvre de la responsabilité des promoteurs de la fusion ou de la scission que l'actionnaire lésé peut trouver le remède au dommage subi.

Nous nous interrogerons tout d'abord sur la nature du dommage susceptible de résulter d'une fusion ou d'une scission, voire de l'annulation de l'opération, car c'est de la nature de ce dommage que dépend le type d'action en responsabilité mis par la loi à la disposition de l'actionnaire. Dans une seconde section, nous déterminerons le cercle des personnes responsables, avant de consacrer notre section III à la faute susceptible d'engager leur responsabilité. Nous nous en tiendrons strictement à la responsabilité civile, sans méconnaître que les nombreux cas de responsabilité pénale des dirigeants sociaux prévus par la loi française de 1966 concourent indirectement mais, sans aucun doute, efficacement, à la protection des actionnaires. Mais, de ce point de vue, les sanctions pénales ne jouent qu'un rôle préventif ; une fois le dommage réalisé, elles ne tendent pas à assurer sa réparation.

Section I : LE DOMMAGE.

524. On connaît la distinction entre le dommage direct, subi par les actionnaires sans préjudice pour la société et pouvant donner lieu à une action individuelle, et le dommage indirect, touchant au premier chef la société elle-même et ouvrant la voie à une action sociale, majoritaire ou minoritaire, en réparation¹. Nous devons nous demander

¹ *Supra*, n. 195.

à quelle catégorie se rattache le dommage qui peut résulter d'une fusion ou d'une scission irrégulière ou inéquitable. La situation diffère selon que l'on envisage le cas de la société reprise ou celui de la société reprenante.

§ 1^{er}. *Le dommage dans la société reprise.*

525. Le dommage pouvant résulter d'une fusion ou d'une scission est en premier lieu, dans le cadre de la société apporteuse (société absorbée, société fusionnante en cas de combinaison, société scindée), un préjudice subi directement et exclusivement par les actionnaires appelés à échanger leurs titres.

La première hypothèse qui vient à l'esprit est celle d'un taux d'échange défavorable à tous les actionnaires de la société apporteuse, résultant soit d'une sous-estimation de l'apport-fusion, soit d'une surestimation des actions de la société reprenante. Le préjudice est égal à la différence entre la valeur réelle des actions que détenaient jusque-là les actionnaires de la société reprise et celle des titres qu'ils reçoivent en échange.

On pourrait se demander, toutefois, s'il ne correspond pas plutôt à la différence entre la valeur des titres qu'ils auraient dû recevoir si le taux d'échange avait été équitable, et celle des actions qu'ils se sont effectivement vu attribuer. En principe, la question ne devrait pas se poser puisque, comme nous l'avons dit², la fusion devrait assurer le maintien de la valeur réelle de la participation de chaque actionnaire. La fusion équitable devrait donc, de ce point de vue, équivaloir à l'absence de fusion. C'est là, il faut en convenir, une conception un peu théorique ; certaines fusions ne seront en pratique possibles que moyennant certaines concessions qui entraîneront une perte de valeur de la participation des anciens actionnaires de la société reprise, et il faut sans doute considérer de telles fusions comme équitables dans la mesure où, une fois admis le caractère souhaitable de l'opération, le rapport d'échange choisi était le seul possible. Dans un tel cas, à notre avis, le préjudice existe cependant, puisque les actionnaires qui ont échangé leurs titres se trouvent appauvris, la question délicate étant de savoir si ce dommage peut ou non donner lieu à réparation, c'est-à-dire s'il y a eu faute de la part des personnes qui ont négocié et accepté le principe de l'opération et le taux d'échange.

Le problème le plus ardu est évidemment celui de l'appréciation et de la preuve du dommage, la valeur réelle d'un titre étant une grandeur

² *Supra*, n. 223.

difficilement mesurable. La valeur liquidative des entreprises en présence, à la supposer facilement et objectivement déterminable, n'est qu'une valeur théorique qui n'est pas seule en cause³. Dès lors que l'on tient compte, comme il est de coutume en France où la formule dite de Retail est couramment appliquée, de la valeur de rendement et de la valeur boursière des titres, et où l'on affecte chacune de ces valeurs d'un coefficient variable pour tenir compte des circonstances particulières, on risque de se trouver devant autant de parités possibles et « raisonnables » qu'il y a d'experts de bonne foi, et chacun de ces taux sera censé assurer le maintien de la valeur de la participation de chaque actionnaire. L'exigence que les patrimoines des deux sociétés soient évalués suivant les mêmes méthodes⁴ suffira-t-elle toujours à assurer ce maintien, alors qu'une politique différente des deux sociétés en matière de distribution de dividende aboutit à priver de sens la comparaison des valeurs boursière et de rendement, et que tout correctif destiné à tenir compte de ces circonstances fait la part belle à l'appréciation plus ou moins arbitraire de l'expert ? Les incertitudes d'estimation sont mises en lumière par un récent arrêt de la Cour de Paris⁵ considérant comme également justifiables, en matière de transformation de parts de fondateurs en actions, le taux de 5 parts pour une action et celui de 9,15 parts pour une action, auxquels étaient parvenus deux experts différents appliquant des méthodes analogues ; on reste rêveur devant l'affirmation de la Cour que ces taux de conversion « sont d'un ordre de grandeur voisin » !

Une deuxième hypothèse est celle qui peut se présenter en cas d'échange avec rompus, lorsque les actionnaires contraints de vendre leurs titres flottants ne peuvent en obtenir un prix équitable⁶. Le dommage n'atteint alors que les actionnaires obligés de céder une partie ou la totalité de leurs actions. Il ne résulte pas de la seule obligation d'aliéner leurs rompus, mais de l'impossibilité d'en recevoir la véritable valeur.

Le dommage n'atteint également qu'une partie des actionnaires de la société apporteuse lorsque les parités internes⁷, autrement dit la répartition des actions d'apport entre les diverses catégories d'actionnaires, sont inéquitable. Le préjudice résulte, là encore, de ce que les actions reçues par certains actionnaires n'ont pas la même valeur réelle que celles qu'ils possédaient auparavant.

³ Paris, 17 janvier 1972, J.C.P. 1972.II.17283, note Burst.

⁴ *Ibid.* *Supra*, n. 235-236.

⁵ Paris, 7 novembre 1972, J.C.P. 1973.II.17448, note Guyon.

⁶ *Supra*, n. 220.

⁷ *Supra*, n. 255.

526. La scission du droit suisse occupe, à cet égard comme à bien d'autres, une situation particulière. Du fait que les apports aux sociétés reprenantes n'entraînent pas la disparition de la société scindée et que c'est à celle-ci, et non directement à ses actionnaires, que les actions d'apport sont attribuées, aucun dommage ne peut résulter directement pour les actionnaires d'une rémunération insuffisante des apports. L'actionnaire de la société scindée ne pourra être directement lésé que par une répartition inéquitable des actions reçues par la société scindée, lors de la liquidation de cette dernière⁸.

527. Un dommage indirect, c'est-à-dire subi par la société apporteuse elle-même, est-il concevable en cas de fusion ou de scission ? Si l'on excepte le cas de la scission du droit suisse, une réponse négative s'impose lorsque la fusion ou la scission n'est pas annulée. La société reprise disparaît en tant que telle, ses actionnaires reçoivent seuls la contrepartie de son apport et eux seuls peuvent donc subir un préjudice.

En revanche, la société reprise peut subir un dommage si la fusion ou la scission est annulée. Tel risque d'être le cas lorsque l'annulation intervient alors que l'opération a déjà été réalisée et l'entreprise absorbée effectivement intégrée à l'entreprise absorbante. Le préjudice résultera alors de l'impossibilité de procéder à une complète remise des choses en l'état, de l'aliénation de certains actifs, de la perte de certains marchés, etc.⁹.

528. Le particularisme de la scission du droit suisse se manifeste en ceci que la rémunération insuffisante des apports aux sociétés reprenantes constitue un préjudice social ou indirect, du fait que les actions d'apports sont attribuées à la société scindée elle-même et non à ses actionnaires.

⁸ Cf. *supra*, n. 225.

⁹ Comp. Rennes, 23 févr. 1968, J.C.P. 1969.II.16122 (cassé par Cass. 21 janvier 1970, J.C.P. 1970.II.16451). Il s'agissait, en l'espèce, d'une cession de contrôle de la Société Cassegrain à la Société Saupiquet ; peu après cette cession, « l'ensemble du personnel de l'usine de Concarneau, qui constituait l'élément essentiel du potentiel économique de l'entreprise Cassegrain, était licencié, l'usine fermée, mise en vente puis démantelée » (note Paillusseau et Contin sous l'arrêt de Rennes précité). Comment l'annulation de l'opération, prononcée par la Cour de Rennes, aurait-elle permis à la Société Cassegrain de retrouver sa valeur économique ?

§ 2. *Le dommage dans la société reprenante.*

529. Du côté d'une société reprenante préexistante participant à une fusion ou à une scission, le dommage que l'on peut envisager est encore en premier lieu, un dommage directement subi par les actionnaires. Un en premier lieu, un dommage, résultant d'une surestimation de l'apport ou d'une sous-évaluation des actions remises en échange, diminue la valeur réelle des titres des anciens actionnaires de la société reprenante¹⁰.

Il convient de remarquer que la rémunération excessive de l'apport de la société reprise ne cause pas, en elle-même, de préjudice à la société reprenante en tant que telle. Dès lors que la contrepartie de l'apport consiste dans des actions et non dans des espèces, la société ne s'appauvrit pas et seuls ses actionnaires se trouvent lésés. Indirectement, la société pourrait cependant se trouver handicapée par un capital excessif à rémunérer.

530. Un dommage serait subi par la société reprenante elle-même si le patrimoine repris comportait un passif supérieur à l'actif, ou encore si l'excédent actif était inférieur au total des soultes en espèces remises aux actionnaires de la société absorbée. Dans ces hypothèses, la fusion ou la scission entraîneraient un appauvrissement de la société reprenante.

La fusion, indépendamment de la valeur de l'actif repris, peut évidemment causer un préjudice à la société reprenante si l'opération est malheureuse sur le plan économique et compromet la survie ou le développement de l'entreprise.

Comme pour la société reprise, l'annulation de la fusion ou de la scission peut, dans certains cas, causer un dommage à la société reprenante, notamment lorsque l'intégration des deux entreprises a compromis la viabilité de la société reprenante après la séparation consécutive à l'annulation de l'opération.

¹⁰ *Supra*, n. 230.

Section II : LES PERSONNES RESPONSABLES.

531. Pour déterminer le cercle des personnes susceptibles d'être tenues à réparation du dommage résultant d'une fusion, d'une scission ou de l'annulation de l'opération, nous distinguerons, pour la clarté de l'exposé, les responsables du dommage direct et les responsables du dommage indirect, encore que, comme nous le verrons, les solutions varient peu entre les deux catégories d'actions en responsabilité.

§ 1^{er}. Les responsables du dommage direct.

532. C'est en premier lieu au sein de la société à laquelle ils appartiennent au moment de l'acte dommageable que les actionnaires lésés vont pouvoir chercher les responsables du préjudice qui les atteint. L'ancien actionnaire de la société reprise pourra ainsi s'adresser aux « personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle » (art. 754 CO) de cette société ; l'actionnaire de la société reprenante antérieurement à la fusion pourra engager la responsabilité des organes correspondants de sa société.

Bornons-nous à rappeler ici¹¹ que le cercle des personnes responsables englobe tout d'abord les membres du conseil d'administration (art. 754 CO, 244 LSC), ou du directoire (art. 249 LSC), ceux du conseil de surveillance (art. 250 LSC), les contrôleurs ou commissaires aux comptes (art. 754 CO, 234 LSC), les commissaires aux apports (art. 80, 86, 193 LSC), dans le cadre de leurs fonctions respectives. Mais plus largement, sont susceptibles d'engager leur responsabilité tous ceux « qui dirigent effectivement la société, quel que soit leur titre officiel »¹².

533. La situation des actionnaires majoritaires est, nous avons déjà eu l'occasion de le relever¹³, assez incertaine. Il ne fait en tout cas pas de doute que leur responsabilité peut être engagée à l'égard des minoritaires lésés dans les mêmes conditions que celle des dirigeants sociaux lorsque ce sont eux qui, en fait, ont négocié la fusion défavorable, soit en se substituant aux administrateurs, soit en réduisant ceux-ci au rôle de simples porte-parole. Mais nous estimons que leur responsabilité

¹¹ Voir *supra*, n. 191.

¹² Hirsch, *Cession de contrôle*, p. 183.

¹³ *Supra*, n. 200 ss.

peut également se fonder sur le seul exercice de leur droit de vote lorsque la décision de fusion ou de scission est entachée d'abus de droit ¹⁴.

Un arrêt déjà cité de la Cour de Paris paraît bien aller dans ce sens ¹⁵. Un actionnaire de la société reprise agissait en dommages-intérêts contre la société reprenante, en fondant son action sur l'abus de majorité dont celle-ci se serait rendue coupable en tant qu'actionnaire majoritaire de l'absorbée. L'abus de majorité ne fut pas admis en l'espèce, mais il ne fait guère de doute que si celui-ci avait été démontré, la Cour aurait accueilli la demande et condamné la société à des dommages-intérêts, non en sa qualité de société absorbante, mais en tant qu'elle supporteront seuls le poids de toute la réparation » ¹⁶.

Le problème est évidemment de déterminer quels sont les responsables de l'abus de majorité. Si l'on peut qualifier de majoritaires, pour retenir leur responsabilité, l'actionnaire individuel ou les membres d'un syndicat d'actionnaires détenant à eux-seuls la majorité nécessaire à l'adoption de la résolution abusive, il ne saurait être question de condamner à réparation tout actionnaire ayant voté dans le sens de la majorité. Seuls, en tout cas, ceux à qui l'abus profite peuvent être tenus du dommage qui en résulte, seuls ils peuvent être considérés comme « les instigateurs de la résolution abusive » ¹⁷. Du point de vue du demandeur, la question est relativement aisée dès lors que l'on admet, avec Schmidt, que les instigateurs du dommage sont « tenus *in solidum* conformément au droit commun de la responsabilité » ¹⁸, mais la répartition de la charge de l'indemnité n'en donne pas moins lieu à des difficultés et « il reste que certains actionnaires, responsables du dommage, ne seront pas condamnés en raison de l'anonymat, alors que ceux qui seront connus supporteront seuls le poids de toute la réparation » ¹⁹.

534. Dans quelle mesure les actionnaires de l'une des sociétés peuvent-ils demander réparation de leur préjudice aux dirigeants de l'autre ? Le problème revêt un certain intérêt, notamment, lorsque l'une des sociétés a été amenée à contracter ou à accepter des conditions défavorables à ses actionnaires par les manœuvres des administrateurs de l'autre, sans qu'une faute puisse être reprochée aux administrateurs de la première.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Paris, 17 janvier 1972, J.C.P. 1972.II.17283, note Burst.

¹⁶ Burst, note sous l'arrêt précité.

¹⁷ Schmidt, n. 249-250, p. 188-189.

¹⁸ Schmidt, n. 251, p. 190.

¹⁹ Burst, note précitée sous note 16.

L'article 754 CO ne prévoit la responsabilité des « personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle » qu'à l'égard de la société et de « chaque actionnaire ou créancier social ». Les actionnaires de l'autre société participant à la fusion n'entrent dans aucune de ces catégories et ne peuvent donc s'appuyer sur cette disposition pour exiger réparation du dommage subi. Au demeurant, ce n'est pas nécessairement en manquant intentionnellement ou par négligence aux devoirs que leur imposent leurs fonctions que les administrateurs d'une société peuvent causer un préjudice aux actionnaires de l'autre. En fait, leur responsabilité ne peut se fonder que sur le droit commun de l'article 41 CO. Ainsi, la tromperie des administrateurs sur la valeur de leur société constitue certainement un acte illicite dont ils peuvent avoir à répondre à l'égard des actionnaires de l'autre société. Il faut d'ailleurs remarquer qu'en vertu de l'article 718 alinéa 2 CO, ceux-ci peuvent également demander réparation à la société elle-même, c'est-à-dire, en cas de fusion, à la société reprenante, que l'acte illicite émane de ses représentants ou de ceux de la société reprise, en raison de la succession universelle.

En droit français, l'article 244 LSC, conçu en termes plus larges que l'article 754 CO, dispose que les administrateurs ou les membres du directoire sont responsables « envers la société *ou envers les tiers*, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Cette disposition peut donc fonder la responsabilité des administrateurs de l'une des sociétés participant à une fusion ou à une scission à l'égard des actionnaires de l'autre société.

535. Ajoutons, pour mémoire, que si l'opération comporte la création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, les administrateurs des deux sociétés pourront, le cas échéant, tomber sous le coup des dispositions régissant la responsabilité des fondateurs, en particulier l'article 753 chiffre i CO, ou l'article 242 LSC dans l'hypothèse où la société est annulée.

§ 2. *Les responsables du dommage indirect.*

536. Comme nous l'avons vu, une fusion ou une scission est moins souvent la cause d'un dommage social que d'un préjudice directement subi par les actionnaires. En particulier, pour la société reprise, et si l'on excepte le cas de la scission en droit suisse, un dommage indirect n'est concevable qu'en cas d'annulation.

Quoi qu'il en soit, le cercle des personnes dont la responsabilité est susceptible d'être engagée est le même qu'il s'agisse d'un dommage direct ou d'un dommage indirect. La seule remarque importante que l'on puisse faire ici concerne le préjudice causé à l'une des sociétés par les dirigeants de l'autre. La société lésée peut certes agir contre eux, tout comme les actionnaires pour leur dommage personnel. En revanche, l'action sociale ne peut être exercée par les actionnaires de la société victime du préjudice, car la loi ne prévoit la possibilité, dérogoratoire au droit commun, d'une action sociale minoritaire ou *ut singuli* que contre les membres des organes de la société lésée elle-même.

Section III : LA FAUTE.

537. La question de la faute constitutive de responsabilité ne présente guère, en cas de fusion ou de scission, d'originalité par rapport aux principes généraux en la matière. Aussi nous limiterons-nous à l'étude de deux problèmes particuliers. D'une part, quelle est l'étendue de la diligence requise des administrateurs ou membres du directoire dans la préparation d'une fusion ou d'une scission ? D'autre part, dans quelle mesure l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires est-elle susceptible de couvrir la faute des administrateurs ?

§ 1^{er}. *La diligence requise des administrateurs.*

538. Les véritables promoteurs de la fusion ou de la scission ne sont pas forcément les administrateurs des sociétés intéressées, et l'initiative première peut aussi bien apparaître au niveau de la direction, ou émaner des profondeurs de cette *technostructure* qui, pour Galbraith²⁰, gouverne les entreprises et le monde industriel. Dans les sociétés contrôlées par un groupe majoritaire, ce sont également les *contrôlares* qui peuvent pousser à la fusion²¹. Il n'en reste pas moins que la détermination finale des conditions et des modalités de l'opération, la décision d'en soumettre le projet à l'assemblée générale sont de la compétence exclusive du conseil d'administration ou du directoire. Quelle que soit la procédure de négociation entre les sociétés participantes et le niveau hiérarchique auquel

²⁰ Galbraith, notamment p. 59 ss.

²¹ Champaud, n. 206 ss., p. 174 ss.

elle se déroule, la phase finale et l'arrêté définitif du projet de fusion ou de scission n'appartiennent qu'à l'administration. La conséquence en est, à notre avis, que les administrateurs ou membres du directoire ne peuvent invoquer une délégation de pouvoirs pour échapper à leur responsabilité, car la compétence de conclure le contrat de fusion ou de scission ou d'établir le projet de scission ne peut être déléguée.

539. Dans la préparation de l'opération, les administrateurs ont, en tout premier lieu, des devoirs à l'égard de la société. Le principe et les modalités de la fusion ou de la scission doivent être conformes à l'intérêt social, c'est-à-dire à celui de l'entreprise. En d'autres termes, elle doit leur apparaître comme économiquement justifiée. Ce jugement comporte, certes, sa part de subjectivité et l'erreur d'appréciation peut n'être pas fautive. Du moins doit-il correspondre à celui d'un « dirigeant diligent et avisé »²² et exclut-il une décision inspirée par des intérêts étrangers à la société.

540. Les administrateurs doivent également veiller aux intérêts des actionnaires. Les conditions de la fusion doivent respecter les droits acquis de ces derniers et le principe de l'égalité de traitement, ou ne les sacrifier que dans la mesure strictement nécessaire à la défense de l'intérêt social. Elles doivent en outre assurer, dans toute la mesure du possible, le maintien de la valeur de la participation de chaque actionnaire²³. Si l'on fait abstraction du cas où l'administration se laisse inspirer par des considérations étrangères à l'intérêt social et à celui des actionnaires, quel est alors le critère de la faute de l'administrateur de bonne foi ? L'atteinte aux droits de l'actionnaire est une question de droit, la justification d'un traitement différentiel au regard de l'intérêt social peut être appréciée par les tribunaux à la lumière des principes juridiques gouvernant la société anonyme. Faut-il alors considérer que toute atteinte injustifiée aux droits des actionnaires constitue, de la part des administrateurs qui en prennent l'initiative, une violation du droit, donc une faute caractérisée ? Nous ne le pensons pas. Dans ce domaine où la légalité est souvent liée à l'opportunité²⁴, la règle de droit n'a pas la rigueur et la prévisibilité d'une disposition impérative du droit écrit. A notre avis, ne commet pas de faute l'administrateur qui, de bonne foi, a pu considérer que les modalités de l'opération envisagée étaient, en droit, justifiées par les circonstances, pourvu, là encore, que cette appréciation puisse être partagée par « un dirigeant diligent et avisé ». Sans doute ne faut-il pas aller jusqu'à

²² Tunc, *Travaux Capitants* XV, p. 29.

²³ *Supra*, n. 223, 226.

²⁴ *Supra*, n. 181.

exiger, pour qu'il y ait faute, la conscience effective d'un préjudice injustifié causé aux actionnaires ou à certains d'entre eux ; mais les circonstances doivent être telles qu'un dirigeant diligent et avisé aurait eu cette conscience.

541. Pour que son appréciation puisse être réputée conforme à celle d'un dirigeant diligent et avisé, il va de soi que tout administrateur a l'obligation de la fonder sur un examen approfondi de la situation. Le conseil d'administration ne saurait se contenter, sans les vérifier, des éléments d'information qui peuvent lui être soumis par la direction ou par l'autre société. En ce qui concerne la situation de sa propre société, le conseil ou le directoire a un devoir de vérification analogue à celui qui pèse sur lui lors de l'examen des comptes annuels²⁵. Le cas échéant, il devra se faire assister d'experts, notamment demander l'avis des contrôleurs ou commissaires aux comptes préalablement à l'établissement définitif du projet de fusion. Il devrait également, à notre avis, exiger que tous les documents comptables émanant de l'autre société soient contrôlés par les contrôleurs ou commissaires aux comptes de cette dernière.

En bref, les administrateurs ou membres du directoire ont l'obligation de procéder à des vérifications personnelles approfondies. Nous ne voudrions cependant pas manquer, pour terminer, de signaler une difficulté surtout propre aux grandes sociétés, dans lesquelles les négociations préliminaires ont pu être menées par des comités des sociétés intéressées procédant à une étude approfondie de chacune des entreprises. Galbraith²⁶ remarque à juste titre que le contrôle d'une décision collective issue de la collaboration d'un grand nombre de spécialistes est en pratique impossible, et que l'organe hiérarchiquement supérieur ne peut finalement que la ratifier ; la révision des conclusions de la *technostructure* exigerait en effet qu'un autre organe de spécialistes reprît par le menu le travail du premier, et ces contrôleurs eux-mêmes seraient, pour la même raison, à l'abri de tout contrôle individuel. Il ne faut certes pas exagérer, dans l'hypothèse qui est la nôtre, la portée d'un tel argument. Paradoxalement, il apparaît plus aisé pour les administrateurs d'apprécier l'opportunité d'une fusion ou d'une scission que celle de la mise sur le marché d'un grille-pain électrique, pour reprendre l'exemple de l'économiste américain²⁷. Il n'en reste pas moins que c'est là un aspect du problème qui conduira à nuancer, selon les cas, l'obligation de vérification personnelle pesant sur les administrateurs ou membres du directoire.

²⁵ Hirsch, Sem. jud. 1967, p. 261-262.

²⁶ Galbraith, p. 65-66.

²⁷ Galbraith, p. 67 ss.

§ 2. La portée de l'approbation de l'assemblée générale.

542. La décision de fusion ou de scission n'appartient pas, en dernier ressort, aux conseils d'administration mais aux assemblées générales. La question se pose donc de savoir quelle est l'influence de l'approbation de l'assemblée générale sur la responsabilité des administrateurs ou membres du directoire.

543. Le principe est certes que l'assemblée générale, n'étant pas liée par les propositions de l'administration, prend seule la responsabilité de sa décision, et qu'on ne saurait donc « retenir la responsabilité personnelle des administrateurs ou des directeurs du seul fait que la résolution abusive correspond au projet qu'ils ont inscrit à l'ordre du jour »²⁸. Si l'approbation de la fusion ou de la scission par l'assemblée générale exonère normalement les administrateurs de leur responsabilité, ce n'est pas parce que ce vote vaudrait décharge, c'est simplement parce que la décision n'émane pas d'eux mais de l'assemblée. Cette exonération est donc opposable non seulement à l'action sociale, *ut universi* ou *ut singuli*, mais également à l'action individuelle de l'actionnaire.

Sur le plan du dommage subi par la société, un autre argument pourrait être tiré du principe « *volenti non fit injuria* ». La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que la société ne pouvait poursuivre la réparation d'un dommage auquel elle avait consenti²⁹, et l'approbation de l'assemblée générale donnée en connaissance de cause vaut bien consentement de la société au dommage causé par l'opération. Cette exception est-elle opposable à l'action minoritaire ou *ut singuli*? Certains auteurs tendent à l'admettre³⁰, mais le Tribunal fédéral paraît avoir, dans un arrêt de 1960, adopté implicitement la position contraire³¹. On pourrait aussi, en droit suisse, envisager l'application par analogie de l'article 757 CO relatif à l'effet de la décharge. La question peut sans doute être discutée lorsqu'il s'agit de l'approbation par l'assemblée générale d'un acte illicite des administrateurs commis par eux dans le cadre de leurs fonctions. S'agissant du préjudice causé par une fusion, la situation est différente car l'acte dommageable lui-même émane de l'assemblée générale. Ce n'est pas en tant que consentement du lésé que l'approbation de l'assemblée générale dégage la responsabilité des administra-

²⁸ Schmidt, p. 188, note 3.

²⁹ Voir, en particulier, ATF 86.III.154 = JT 1961.I.476.

³⁰ Hirsch, Sem. jud. 1967, p. 265.

³¹ Arrêt précité note 29, JT 1961.I.480-481.

teurs, mais en tant que cause véritable et exclusive du préjudice, que ce soit celui de la société ou celui des actionnaires.

544. Mais si l'effet exonératoire de la décision de l'assemblée générale à l'égard de la responsabilité des administrateurs doit être admis³², de telles nuances doivent être apportées à ce principe qu'on peut se demander dans quelle mesure il demeure valable en pratique.

Tout d'abord, il ne fait pas de doute que l'approbation des actionnaires doit avoir été donnée en parfaite connaissance de cause ; à défaut, l'acte dommageable n'émane pas de l'assemblée générale mais reste celui des administrateurs qui n'ont pas fourni aux actionnaires tous les éléments d'appréciation. On doit évidemment se demander quelles sont les limites de cette parfaite connaissance de cause. Nous aurions tendance à exiger, sinon une véritable conscience du dommage lui-même, du moins une information telle que le préjudice soit apparent pour tout actionnaire normalement diligent (et la diligence qu'on est en droit d'attendre d'un actionnaire n'est, bien entendu, nullement comparable à celle que requièrent des fonctions d'administrateur). Si le préjudice n'est pas apparent, l'information n'est pas complète et l'assemblée générale ne statue pas en pleine connaissance de cause. Il semble que, dans la pratique, l'information sera rarement assez complète pour que le dommage puisse être clairement perçu sans quoi, sous réserve de l'abus de majorité, la décision ne serait pas prise.

Il va de soi que si l'ignorance du dommage est partagée par l'administration et que cette ignorance est fautive, sa responsabilité n'est pas dérogée par le vote des actionnaires.

Si l'assemblée générale statue en parfaite connaissance de cause, encore faut-il que la décision ne soit pas acquise sous la pression des administrateurs fautifs ou grâce aux voix qu'ils détiennent personnellement ou comme mandataires³³.

Dans le cas où la décision de fusion ou de scission emporte une inégalité de traitement injustifiée entre les actionnaires, le fait qu'elle ait été prise en parfaite connaissance de cause entraîne la responsabilité des majoritaires à l'égard des minoritaires lésés³⁴. Selon les circonstances, nous estimons que les administrateurs peuvent être tenus à réparation solidairement avec les majoritaires, en tant qu'instigateurs de la

³² Voir encore, sur ce point, P. van Omneslaghe, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles 1960, n. 312, p. 517 ; Copper-Royer, *Traité théorique et pratique* (3^e éd.), t. II, n. 619, p. 747.

³³ Comp. Besançon, 12 déc. 1938, J.S. 1939.429.

³⁴ *Supra*, n. 533.

décision abusive. Il en est ainsi lorsqu'ils avaient partie liée avec les bénéficiaires de l'abus de majorité et ont consciemment proposé des conditions défavorables à la minorité.

Finalement, nous pensons que, dans la plupart des cas où une fusion ou une scission cause un dommage aux actionnaires, ceux-ci seront en mesure d'en obtenir réparation des administrateurs fautifs malgré l'approbation de l'assemblée générale.

CONCLUSION

545. Au cours de cette étude, nous avons tenté de mettre en lumière la situation des actionnaires en cas de fusion ou de scission de sociétés anonymes. Constatant que leurs intérêts pouvaient être gravement menacés par ces opérations, nous avons exposé les moyens par lesquels les législations suisse et française tendaient à assurer leur protection tant préalable, par une procédure propre à garantir le respect de leurs droits, qu'a posteriori, par l'octroi d'actions judiciaires aptes à supprimer ou à réparer le préjudice qu'ils auraient pu subir.

A côté de cette protection légale des intérêts des actionnaires, une protection conventionnelle peut exister, qui dépend de la prévoyance des rédacteurs du contrat et des statuts de la société reprenante. C'est ainsi que, par des accords de vote ou par une clause statutaire fondée sur l'article 708 alinéa 5 CO, un équilibre peut être assuré, au sein du conseil d'administration de la société définitive, entre les représentants des groupes d'actionnaires constitués par les anciens associés de chacune des sociétés parties à la fusion. Des mesures de ce type sont intéressantes en ce qu'elles tendent à garantir qu'à plus ou moins long terme, les intérêts des anciens actionnaires de l'une des sociétés participantes ne seront pas sacrifiés à ceux des actionnaires issus de l'autre société, mais elles ne bénéficient, en fait, qu'aux groupes détenant le contrôle des sociétés parties à la fusion. S'il existe une véritable protection des actionnaires, on ne saurait d'ailleurs la trouver que dans des dispositions légales obligatoires.

546. S'agissant de protéger l'actionnaire, deux voies s'ouvrent au législateur. La première, conforme à la conception traditionnelle de la société anonyme, fait reposer cette protection sur les actionnaires eux-mêmes. Il s'agira alors de renforcer leurs droits d'intervention et de leur donner les moyens de remplir au mieux le rôle que la loi leur assigne dans la formation de la volonté sociale. Laisser à l'assemblée générale de vastes compétences, assurer aux actionnaires la possibilité de participer effectivement aux assemblées, notamment en leur ouvrant largement le droit de se faire représenter, protéger l'intelligence du vote par une

meilleure information, telles sont quelques-unes des mesures par lesquelles le législateur cherchera, dans cette conception, à sauvegarder les intérêts des associés.

Une seconde direction consisterait, prenant acte de l'impuissance et de la démission des actionnaires, à multiplier les contrôles externes, voire publics, afin d'éviter les abus d'une administration dont la puissance ne trouve plus dans l'intervention de l'assemblée générale de contrepoids véritable.

Ce deuxième système est peut-être celui de l'avenir, et c'est sans doute le seul dont on puisse attendre des résultats satisfaisants dans les sociétés importantes dont les actions sont détenues par des milliers d'actionnaires. Tant que le législateur soumet à un régime juridique commun les grandes et les petites sociétés, on ne saurait toutefois renoncer complètement à une conception qui reste valable pour ces dernières et qui voit dans les droits d'intervention de l'actionnaire la meilleure garantie de ses intérêts.

547. Aussi le législateur français de 1966 n'a-t-il pas voulu, en définissant le régime juridique des fusions et scissions de sociétés anonymes, s'engager exclusivement dans l'une ou l'autre des voies que nous venons d'évoquer. L'assemblée générale conserve son rôle dans ces opérations et une information complète des actionnaires est assurée, mais cette information elle-même comporte l'intervention d'un contrôle externe, celui des commissaires aux comptes. L'information des actionnaires par un projet de fusion ou de scission dont les mentions sont prévues de manière impérative par la loi, et l'institution d'un rapport spécial des commissaires aux comptes de chacune des sociétés participantes nous paraissent constituer les deux innovations importantes de la loi de 1966 en matière de protection préalable des actionnaires lors des opérations qui font l'objet de notre étude.

548. En droit suisse, nous avons dit à plusieurs reprises qu'une réforme s'imposait dans ce domaine, où des textes fragmentaires laissent place à trop d'incertitudes. Le premier souci du législateur devrait être de procéder à une indispensable clarification en définissant de manière précise la procédure de fusion et les effets juridiques de l'opération. Sur le plan de la protection préalable des actionnaires, la loi devrait en particulier, à l'exemple du droit français et de la proposition de directive européenne sur les fusions, imposer un contrat de fusion complet dont elle énumérerait les mentions essentielles. Elle devrait également prévoir l'intervention d'experts, qui pourraient être les contrôleurs des sociétés participantes, chargés de soumettre aux assemblées générales un rapport

spécial sur les conditions de l'opération. Ces experts devraient pouvoir obtenir tous les renseignements nécessaires auprès de toutes les sociétés intéressées, et non seulement auprès de celle à laquelle leur rapport devrait être soumis.

549. En ce qui concerne la protection a posteriori, nous avons montré à quelles difficultés juridiques et pratiques se heurtait l'application du droit commun des actions en nullité une fois la fusion ou la scission réalisée. De *lege ferenda*, l'exemple du droit allemand devrait être suivi, qui subordonne l'inscription de la fusion au registre du commerce au fait que l'opération n'ait pas été attaquée dans les délais pour agir en annulation, ou qu'une action en annulation ait été rejetée par un jugement définitif (§ 345 Ab. 2 AktG)¹.

Si cette solution est aisément transposable en droit suisse, où l'article 706 CO enferme dans un délai de deux mois l'action en annulation, il n'en va pas de même, bien entendu, en droit français où l'action en nullité se prescrit par trois ans. On pourrait cependant imaginer une disposition obligeant les sociétés à surseoir pendant deux mois — par exemple — à la réalisation de la fusion ou de la scission et à publier un avis invitant les intéressés à attaquer l'opération dans ce délai, à l'expiration duquel, à défaut d'action en nullité, elle deviendrait effective. Une telle règle n'aurait pas pour effet d'éteindre l'action en nullité avant sa prescription normale, mais donnerait aux actionnaires lésés par la fusion l'occasion d'agir avant que sa mise à néant ne se heurte à de trop grandes difficultés.

Le problème est évidemment dans l'exigence qu'une action en annulation, si elle est introduite dans les délais, ait été rejetée par un jugement définitif avant que l'opération puisse se réaliser : faut-il suspendre, peut-être, pendant plusieurs années la réalisation d'une opération dont le succès économique dépendra le plus souvent d'une mise en œuvre rapide ? Renversant les principes d'ordinaire admis lorsqu'il s'agit, pour un actionnaire, de suspendre une inscription au registre du commerce jusqu'au jugement sur son action en annulation², on pourrait permettre aux sociétés en cause de requérir du juge l'autorisation de réaliser la fusion en démontrant que l'action en annulation n'a guère de chances de succès.

550. Une autre possibilité — qui n'exclut pas l'idée d'un sursis à la réalisation de l'opération — consisterait à instituer, pour le cas de la fusion, et, en France, de la scission, une action spéciale en séparation des

¹ En ce sens, *Bürgi*, art. 748 CO, n. 84.

² Cf. *supra*, n. 522.

sociétés réunies qui pourrait s'inspirer, en ce qui concerne son caractère exceptionnel et la brièveté des délais pour agir, de l'action en dissolution de l'article 643 alinéas 3 et 4 CO. Cette action spéciale permettrait, en cas de combinaison, une mise à néant de l'opération faisant revivre les sociétés fusionnantes alors que l'application pure et simple des textes actuels ne peut aboutir qu'à la liquidation de la société nouvelle³. En cas de fusion par absorption, les dispositions prévoyant cette action pourraient notamment consacrer et clarifier les solutions que nous avons dégagées et qui présentent, dans une certaine mesure, un caractère hypothétique en droit positif, en particulier en ce qui concerne le recours obligatoire à la procédure de réduction de capital par la société absorbante et la validité des actions d'apport aliénées⁴.

551. Enfin, si la scission ne revêt pas, sur le plan économique, autant d'intérêt que la fusion, nous pensons cependant que le législateur suisse devrait définir, pour cette opération, un régime juridique analogue à celui de la fusion. Nous avons vu, en effet, qu'en l'état actuel de notre droit, une scission était difficilement réalisable, que l'article 181 CO, conçu pour la cession de fonds de commerce, imposait des solutions peu satisfaisantes et que la procédure qu'il conviendrait d'appliquer, en droit positif, à une telle opération était des plus incertaines.

³ *Supra*, n. 486, 492.

⁴ *Supra*, n. 518-519.

BIBLIOGRAPHIE

- AMIAUD, André : L'évolution du droit des sociétés par actions, Mélanges Ripert, II, Paris 1950, p. 287.
- AMREIN, F. : Die Übernahme einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 748 OR und der Beteiligungserwerb mit Aktienumtausch, SAG 35 (1963), p. 345.
- ANGÉNIEUX, G. : Les fusions et l'évaluation des entreprises, Paris 1970.
- À.N.S.A. : Fusions et divisions de sociétés, apports partiels d'actif, régime fiscal, brochure N° 109, Paris 1956.
- Nouveau régime fiscal des fusions de sociétés et des opérations assimilées, brochure N° 160, Paris 1967.
- AUGER, Bernard : La fusion, Rev. soc. 1925, p. 49, 89.
- BALASTÈR, Peter : Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften, thèse Zurich 1953.
- BÄR, Rolf : Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959), p. 369.
- Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85.II (1966), p. 321.
- BAUDEU, Guy : Protocoles et traités de fusion, Paris 1968.
- BAUDEU, Guy et BELLARGENT, Guy : Fusion de sociétés, Jurisclasseur des Sociétés, Traité, fasc. 164-A à 164-H.
- BERGIER, Jean : L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, thèse Lausanne 1933.
- BERMOND DE VAULX, Jean-Marie de : Les droits latents des actionnaires sur les réserves dans les sociétés anonymes, Paris 1965 (Bibliothèque de droit commercial, tome 10).
- PERR, Claude : L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Paris 1961 (Bibliothèque de droit commercial, tome 3).
- PERTSCH, Wilfried : Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, thèse Zurich 1947.
- BIASCA, Pierre : Fusions, scissions de sociétés et droits des tiers, Gaz. Pal. 1969.I.doctr., p. 86.
- BLAISE, Henry : L'apport en société, thèse Rennes 1953.
- BLOCH-LAINÉ, Franç. : Pour une réforme de l'entreprise, Paris 1963.
- RÜCHLER, Hans-Peter : Das Kontrollrecht der Aktionäre, thèse Zurich 1971, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N. Folge, Heft 376.
- BUCHLI, Guido : Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR, thèse Zurich 1953.
- BUDLIGER, Hansjörg : Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis, thèse Zurich 1954.

- BURGARD, J. : Fusions et management, *Rev. soc.* 1969, p. 113.
- BÜRGI, Wolfhart F. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil : Die Aktiengesellschaft,
 b/1 : Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zurich 1957 ;
 b/2 : Art. 698-738, Zurich 1969.
 b/3, 1. Lieferung : Art. 739-747, Zurich 1971.
 b/3, 2. Lieferung : Art. 748-751, Zurich 1972.
- Interessenabwägung im Gesellschaftsrecht, *Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry*, Genève 1964, p. 1.
- CAILLAUD, B. : L'exclusion d'un associé dans les sociétés, Paris 1966 (*Bibliothèque de droit commercial*, tome 14).
- CAMERLYNCK, Guillaume : De l'intuitus personae dans la société anonyme, thèse Paris 1929.
- CAPITAINE, Georges : Modification des droits de priorité d'actions privilégiées, *SAG* 14 (1941-42), p. 29.
- CARBONNIER, Jean : *Droit civil*, tome IV, 6^e éd., Paris 1969.
- CARRARD, Vincent : L'évaluation des entreprises en cas d'acquisition ou de fusion, *Revue économique et sociale*, N° 4, 1970.
- CARTERON, Marcel : L'abus de droit et le détournement de pouvoirs dans les assemblées générales des sociétés anonymes, *Rev. soc.* 1964, p. 161.
- CHAMPAUD, Claude : Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris 1962 (*Bibliothèque de droit commercial*, tome 5).
- CHEMINADE, Yvonne : Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, *Rev. trim. dr. com.* 1970, p. 15.
- CHESNÉ, Guy : L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans la société anonyme, *Rev. trim. dr. com.* 1962, p. 347.
- CHUILON, R. : Incidence des dispositions fiscales sur l'évaluation des apports en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif, *J.C.P.* 1970.I.2346.
- Les fusions de sociétés. Recherche des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports, *J.C.P.* 1970.I.2350.
- COHÉRIER, André : Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, thèse Paris 1939.
- CONTIN, Raphael : L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés, *D.* 1968, *Chronique*, p. 45.
- CONTIN et HOVASSE : L'expert de minorité dans les sociétés par actions, *D.* 1971, *Chronique*, p. 75.
- Coopérations, concentrations, fusions d'entreprises dans la CEE, *Revue du Marché Commun*, N° 109, janv.-févr. 1968.
- COPPER-ROYER, Jean : De la fusion des sociétés, Paris 1933.
- *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 4^e éd., Paris 1931.
- CORDONNIER, Paul : De l'égalité entre actionnaires, droit français et législation comparée, thèse Paris 1924.
- DALLÈVES, Louis : Les participations réciproques entre sociétés anonymes, Genève 1970 (*Centre d'Etudes Juridiques Européennes*, Rapport 5)
- DALLOZ, Répertoire de droit commercial et des Sociétés, Paris 1958 (et mise à jour).

- DALSACE, André : Manuel des sociétés anonymes, 4^e éd., Paris 1967.
- A propos de la fusion et de la scission des sociétés anonymes, *Rev. soc.* 1964, p. 1.
- DAVID, René : La protection des minorités dans les sociétés par actions, thèse Paris 1928.
- DES GOUTTES, René : Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé, thèse Genève 1938.
- Dictionnaire permanent du droit des affaires.
- DIDIER, Paul : Droit commercial, tome I, Paris 1970.
- Droit commercial. Les entreprises, collection Textes et documents, Paris 1972. (Cité comme : Didier, Textes et documents.)
- DOHM, Jürgen : Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, thèse Genève 1971.
- DU GARREAU DE LA MÈCHENIE, Jean : Les droits propres de l'actionnaire, thèse Poitiers, Paris 1937.
- DUQUESNOY, Jacques : La dissolution des sociétés pour justes motifs, thèse Lille 1926.
- EISENBERG, Melvin A. : The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking, *California Law Review*, vol. 57, janv. 1969, p. 1.
- ENGEL, Pierre : Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- ESCARRA, Jean : Cours de droit commercial, Paris 1952.
- ESCARRA et RAULT : Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales, tome III, Paris 1955.
- FAESSLER, Rodolphe : La fusion des sociétés anonymes en droit suisse et étranger, thèse Lausanne 1925.
- FERNHOLZ, Michael : Die Fusion von Aktiengesellschaften und der Schutz von Aktionären und Dritten bei der Fusion in den Rechten der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, thèse Mayence 1965.
- FISCHER, P. : Die Fusion von Aktiengesellschaften, *SJZ* 26 (1929-30), p. 145.
- FLEUREAU, M. : Les fusions de sociétés d'assurances, thèse Paris 1933.
- FREHNER, Roger Werner : Die aktienrechtliche Fusion nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1945.
- FROESSEL, Daniel : Les scissions de sociétés, thèse Strasbourg 1958 (dactyl.).
- FROMER, Léon : Die Treuepflicht des Aktionärs, *ZSR* 58 (1939), p. 210.
- FUNK, Fritz : Kommentar des Obligationenrechts, 2. Band, Das Recht der Gesellschaften, Arau 1951.
- Fusions et concentrations d'entreprises en France. Notes et Etudes Documentaires N. 3552, 6 janvier 1969 (La documentation française).
- GALBRAITH, John Kenneth : The New Industrial State, 2^e éd., Boston, Mass., 1971.
- GEILINGER, Ulrich : Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, thèse Zurich 1948.
- GOMPEL, Robert : De la fusion de sociétés anonymes, thèse Paris 1908.
- Gutachten über steuerrechtliche Fragen beim Zusammenschluss von Unternehmen, Zurich 1971.

- GUYÉNOT, J. : Commentaire de l'ordonnance n. 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse, D. 1968.L. p. 139.
- GUYON et COQUEREAU : Le nouveau statut des commissaires aux comptes de sociétés. Règles générales de la profession (Commentaire du décret n. 69-810 du 12 août 1969), J.C.P. 1969.I.2290.
- HÄBERLING, Heinrich : Die Fusion von Genossenschaften nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1951.
- HAMEL et LAGARDE : Traité de droit commercial, tome I, Paris 1954.
- HAMIAUT, Marcel : La réforme des sociétés commerciales, Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966, Paris 1966.
- HEBERLEIN, Robert : Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation unter Mitberücksichtigung der Kollektivgesellschaft nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1969.
- HÉMAR, TERRÉ et MABILAT : La réforme des sociétés commerciales, décret 67-236 du 23 mars 1967, commentaire analytique, Paris 1967.
- La réforme de la réforme des sociétés commerciales, D. 1970, Chronique, p. 45.
- HENGGELER, Pierre : Le bon de participation, thèse Genève 1971.
- HEURTEUX, Claude : L'information des actionnaires et des épargnants. Etude comparative, Paris 1961 (Bibliothèque de droit commercial, tome 1).
- HEYMAN, Georges : La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés, Gaz. Pal. 1971.I.Doctr., p. 76.
- HIRSCH, Alain : L'organe de contrôle dans la société anonyme, thèse Genève 1965.
- Problèmes actuels du droit de la société anonyme. L'organisation de la SA, ZSR 85.II (1966), p. 1.
 - La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem. jud. 1967, p. 249.
 - La cession du contrôle d'une société anonyme : responsabilité des administrateurs envers les actionnaires, in *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zurich 1971, p. 183.
- HOTZ, Charles-Antoine : La responsabilité des fondateurs de la société anonyme, thèse Neuchâtel 1945.
- HOUIN, Roger : Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Paris 1962 (Bibliothèque de droit commercial, tome 2)
- Les fusions de sociétés en droit français, Rapport français au VI^e Congrès international de droit comparé, Etudes de droit contemporain (nouvelle série), Paris 1962, p. 367.
 - La fusion de sociétés, Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé (Hambourg 1962), Bruxelles 1964.
- HOUIN et GORÉ : La réforme des sociétés commerciales, D. 1967. Doctrine, p. 121.
- HOUPIN et BOSVIEUX : Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7^e éd., Paris 1935, supplément 1937.
- IRMINGER, Elisabeth : Die fusionsähnliche Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften, thèse Zurich 1952.

- JÄGGI, Peter : Zum Verfahren bei der Erhöhung des Aktienkapitals, *in* Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zurich 1971, p. 195.
- JOLIDON, Pierre : Action en annulation des décisions de l'assemblée générale, ou action en responsabilité contre les administrateurs, *in* Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zurich 1971, p. 213.
- JOLY, André : Dictionnaire du droit des sociétés anonymes.
- KÜRY, Annelies : Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften (unter (besonderer Berücksichtigung der Fusion ohne Kapitalerhöhung), Bâle 1962.
- LAGERS, Josef : Die Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des zweiten Entwurfes eines Bundesgesetzes, betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts, these Erlangen 1931.
- LAPP, Ch. : La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés, *Rev. trim. dr. com.* 1952, p. 769.
- LATSCHA, Jacques : La pratique des fusions, scissions et apports partiels, 2^e éd., Paris 1967.
- LECHNER, Hélène : Des droits propres de l'actionnaire, these Nancy 1932.
- LEHMANN, Werner : Die Fusion von Aktiengesellschaften nach dem 3. Entwurf betreffend die Revision der Titel 24-33 des schweizerischen Obligationenrechts, these Berne 1933.
- LYON-CAEN et RENAULT : Traité de droit commercial, tome II, 5^e éd. par Amiaud, Paris 1926.
- MABILAT, P. : Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes, *Rev. soc.* 1970, p. 1.
- MARTIN, André : De la protection des catégories d'actions dans la société anonyme, these Lausanne 1934.
- MAZEAUD, H., L. et J. : Leçons de droit civil, tome I, 3^e éd., Paris 1963 ; tome II, 3^e éd., Paris 1966.
- MAZEAUD, H. et L., et TUNC : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome I, 6^e éd., Paris 1965.
- MEIER-WEHRLI, Jörg : Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG, these Zurich 1968.
- MELLINGER, Lutz : Die Fusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen und deutschen Recht, these Zurich 1971.
- MESTDAGH, Henri : La fusion des sociétés commerciales au point de vue juridique et fiscal, these Lille 1930.
- MEYSSAN, Michel : Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes, étude de droit comparé, Paris 1962.
- NOAILLAT, Georges de : Etude sur la fusion de sociétés, these Paris 1899.
- NOIREL, Jean : Les tendances modernes de la jurisprudence commerciale en matière de sociétés anonymes, these Nancy, Paris 1958.
- OKUR, Yigit Tahsin : L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, these Genève, Neuchâtel 1965.

- OPPETIT, Bruno : La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, J.C.P. 1970.I.2361.
- OSER-SCHÖNENBERGER : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, 1. Teil (Halbband), Art. 1-183, 2^e éd., Zurich 1929.
- PAILLUSSEAU, Jean : La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise, Paris 1967 (Bibliothèque de droit commercial, tome 18).
- PAILLUSSEAU et CONTIN : La cession de contrôle d'une société, J.C.P. 1969.I.2287.
- PATRY, Robert : La fondation qualifiée de la société anonyme, ZBGR 42 (1961), p. 22.
- L'égalité des actionnaires dans la société anonyme, Sem. jud. 1963, p. 81.
 - Le contrôle de la constitution des sociétés anonymes en Suisse, ZSR 81 (1962).I, p. 245.
 - L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, Troisième Journée Juridique, Genève 1963, p. 9.
 - La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, Mélanges Secrétan, Montreux 1964, p. 227.
- PÈNE, Henri : La fusion des sociétés commerciales, thèse Bordeaux 1907.
- PERRET, François : Coordination du droit des sociétés en Europe : la première directive de la CEE en matière de sociétés et le droit suisse, Etudes suisses de droit européen, Genève 1970.
- PERROUD, Jean : La condition de l'actionnaire, Mélanges Ripert, II, Paris 1950, p. 319.
- PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne : Droit des sociétés et groupes de sociétés, Responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires, Etudes suisses de droit européen, Genève 1972.
- PIC, Paul : Des fusions de sociétés, Rev. soc. 1923, p. 447.
- PINÖSCH, O. : Aus welchen Gründen kann die Aktiengesellschaft aufgelöst werden ?, thèse Bâle 1946.
- PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de droit civil français, tome VII, 2^e éd. par Esmein, Radouant et Gabolde, Paris 1954.
- PLATTNER, J. : Grundsätzliche Gedanken zum Minderheitenschutz in der schweizerischen PublikumsAG, SAG 43 (1971), p. 3.
- POECHE, Jürgen : Konzentrationsfälle und ihre einzel- und gesamtwirtschaftliche Bedeutung, Der Betrieb 1971, p. 1.
- POULNAIS, M. : L'achat de ses propres actions par une société depuis la loi du 24 juillet 1966, Rev. trim. dr. com. 1969, p. 17.
- RECORDON, Pierre-Alain : A propos des arrêts FUSAG contre Ursina-Franck : l'annulation de la décision de la société absorbée après l'inscription de la fusion au registre du commerce, SAG 45 (1973-74), p. 115.
- REIMANN, Heinrich : Die Fusion in betriebswirtschaftlicher Betrachtung unter spezieller Berücksichtigung schweizerischer Verhältnisse und Erfahrungen, thèse Zurich 1953.
- RETAIL, Léon : Fusions et scissions de sociétés, étude juridique, financière et fiscale, 4^e éd., Paris 1968.
- Les titres de sociétés et leur évaluation, Paris 1961.

- L'évaluation des entreprises, fonds de commerce, entreprises industrielles, grands ensembles économiques, 5^e éd., Paris 1963.
- RICHARD, J. : Le régime fiscal de faveur des fusions de sociétés et opérations assimilées, J.C.P. 1971.I.2437 (Ed. N).
- RIPERT, Georges : Les aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e éd., Paris 1951.
- Traité élémentaire de droit commercial, tome I, 6^e éd. par Roblot, Paris 1968.
- RODIÈRE et HOUIN : Droit commercial, tome I, 6^e éd., Paris 1970 (Précis Dalloz).
- ROULET, Odile : Les actions privilégiées, SAG 17 (1944-45), p. 13.
- RUFFIEUX, Pierre : Le droit des actionnaires d'être renseignés sur les affaires de la société anonyme, thèse Fribourg 1950.
- SCHAPIRA, Jean : L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 957.
- SCHLUEP, Walter René : Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, thèse Saint-Gall 1955.
- Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 54 (1958), p. 209.
- Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen ? SAG 33 (1960-61), p. 137, 170, 188.
- SCHMIDT, Dominique : Les droits de la minorité dans la société anonyme, Paris 1970 (Bibliothèque de droit commercial, tome 21).
- SCHUCANY, Emil : Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2^e éd., Zurich 1960.
- SECRÉTAN, Roger : Le problème des actions qui, depuis longtemps, n'ont plus été représentées aux assemblées générales, SAG 19 (1946-47), p. 29.
- Remarques sur la responsabilité de l'officier public comme « fondateur » de la société anonyme (753 CO), SAG 21 (1948-49), p. 7.
- Des pouvoirs des administrateurs de sociétés anonymes, notamment des actes gratuits d'intercession consentis par la société, JT 1960.I.2.
- SIEGWART, Alfred : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, 5. Teil : Die Aktiengesellschaft, a : Allgemeine Bestimmungen (Art. 620-659), Zurich 1945.
- SIMÉON, Bernard : Les fusions et scissions de sociétés, régime juridique et fiscal, Paris 1971.
- SIMONNET, Maurice-René : Les incitations fiscales et le plan, Revue de Science financière 1968, N^o 1, p. 89.
- SINAY, Robert : Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, Rev. soc. 1966, p. 246.
- STEIGER, Fritz von : Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4^e éd., Zurich 1970.
- STEIGER, Werner von : Über die Verantwortungen des Hauptaktionärs, Jus et Lex, Festgabe Gutzwiller, Bâle 1959, p. 699.
- STOCKMANN, Heinrich : Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zurich 1971, p. 387.
- STRUB, Armin : Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1963.

- SUTER, Jürg : Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, thèse Zurich 1966.
- THALLER, E. : Traité élémentaire de droit commercial, 8^e éd. par Percerou, Paris 1931.
- TUHR, Andreas von : Partie générale du Code fédéral des obligations, 2^e éd., Lausanne 1933-34.
- TUNC, André : Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français, Travaux de l'Association Henri Capitant, volume XV (1963), Paris 1969.
- VASSEUR, Michel : Les fusions et les scissions de sociétés par actions, Etudes de droit contemporain, T. III, p. 37, Paris 1959.
- WALDER, Ernst : Unternehmer- und Publikumsaktionäre, thèse Zurich 1955.
- WEISS, Gottfried : Zum schweizerischen Aktienrecht, Berne 1968.
- WIDMER, Kurt : Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung de lege lata und de lege ferenda (Art. 697 OR), thèse Zurich 1961.
- WILHELM, Georges : Quelques aspects de la responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes, thèse Lausanne, Genève 1967.
- WOLHMANN, Herbert : Die Treuepflicht des Aktionärs, thèse Zurich 1968.
- WYSS, Heinz F. : Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung (Art. 697 OR) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, thèse Zurich 1953.
- XUAN CHANH, Nguyen : La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, D. 1968. Chronique, p. 27.
- YAMULKI, Akram : La responsabilité des administrateurs et des organes de gestion des sociétés anonymes, essai d'une étude critique et comparative des droits français, belge, suisse et irakien, thèse Genève 1964.
- ZOLLIKOFER, Werner : Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1916.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	IX
ABRÉVIATIONS	XI
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE :

LES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS ANONYMES ET LE PROBLÈME GÉNÉRAL DE LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES

<i>Chapitre premier.</i> — LES FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS ANONYMES	11
Section I. <i>La fusion</i>	12
§ 1. Historique de la fusion	12
A. Historique de la fusion en droit suisse	12
B. Historique de la fusion en droit français	13
§ 2. La notion de fusion	15
A. Le caractère contractuel de la fusion	16
B. L'apport de patrimoine par transmission universelle ..	20
C. La dissolution sans liquidation de la société reprise ..	24
D. La continuité de l'actionnariat	26
Section II. — <i>La scission</i>	30
§ 1. Historique de la scission	30
§ 2. La notion de scission en droit français	31
A. Le caractère unilatéral ou contractuel de la scission ..	32

DEUXIÈME PARTIE :

LA PROTECTION PRÉALABLE DES ACTIONNAIRES :
LA PROCÉDURE DE FUSION ET DE SCISSION

<i>Chapitre premier. — LE CONTRAT DE FUSION OU DE SCISSION</i>	155
Section I. <i>La conclusion du contrat</i>	155
§ 1. La négociation du contrat	156
§ 2. Le contenu du contrat	159
§ 3. La forme du contrat	161
§ 4. La perfection du contrat	163
Section II. <i>L'exécution du contrat</i>	165
§ 1. Les effets du contrat avant sa ratification	165
§ 2. L'exécution du contrat	168
<i>Chapitre II. — L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES</i>	171
Section I. <i>L'information des actionnaires en droit suisse</i>	172
§ 1. L'information des actionnaires en cas de fusion	172
§ 2. L'information des actionnaires en cas de scission	176
Section II. <i>L'information des actionnaires en droit français</i>	177
§ 1. Le projet de fusion ou de scission	177
A. Le contenu du projet de fusion ou de scission	178
1. Les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission	178
2. Les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération	180
3. La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nou- velles est prévue	181
4. Le rapport d'échange des droits sociaux	182

5. Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission	182
6. Autres rubriques du projet de fusion ou de scission ..	183
B. La publicité du projet de fusion ou de scission	184
§ 2. Le rapport spécial des commissaires aux comptes	184
§ 3. Le rapport des commissaires aux apports	187
§ 4. Les autres documents d'information des actionnaires .. .	190
<i>Chapitre III. — LA DÉCISION DE FUSION OU DE SCISSION</i>	192
Section I. <i>La compétence de l'assemblée générale</i>	193
§ 1. La décision de fusion ou de scission en droit français .. .	193
§ 2. La décision de fusion en droit suisse	194
A. La décision de fusion dans les sociétés reprises	194
B. La décision de fusion dans la société absorbante	195
§ 3. La décision de scission en droit suisse	201
Section II. <i>L'objet de la décision de fusion ou de scission</i> .. .	201
§ 1. La décision de fusion ou de scission dans les sociétés reprises	201
§ 2. La décision des sociétés reprenantes	204
§ 3. La décision de scission en droit suisse	207
Section III. <i>Les conditions de la décision de fusion ou de scission</i>	209
§ 1. La décision de fusion ou de scission en droit français .. .	209
§ 2. La décision de fusion en droit suisse	214
A. La décision de la société reprise	214
1. Les conditions de la décision de fusion en général ..	214
2. Cas particuliers	219
B. La décision de la société absorbante	220
1. Fusion avec augmentation de capital	221
2. Autres modifications des statuts de la société absor-	
bante .. .	224
§ 3. La décision de scission en droit suisse	225

TROISIÈME PARTIE :

LA PROTECTION A POSTERIORI DES ACTIONNAIRES :
LA SANCTION DES FUSIONS OU SCISSIONS
IRRÉGULIÈRES OU PRÉJUDICABLES
AUX ACTIONNAIRES

<i>Chapitre premier. —</i>	LA NULLITÉ OU L'ANNULATION DE LA FUSION OU DE LA SCISSION	251
Section I.	<i>L'application du droit des obligations et la nullité du contrat de fusion ou de scission</i>	251
§ 1.	La nullité absolue du contrat de fusion ou de scission	252
A.	La nullité pour vice de forme	252
B.	La nullité tenant à l'absence de consentement, à la cause ou à l'objet du contrat	253
§ 2.	Vices du consentement ou lésion	253
§ 3.	La résolution du contrat de fusion ou de scission	258
Section II.	<i>L'annulation de la décision de fusion ou de scission . .</i>	260
§ 1.	Conditions de l'action en annulation ou en constatation de nullité	261
A.	Qualité pour agir et pour défendre	261
B.	Conséquences de la réalisation de l'opération	265
1.	Droit suisse	265
2.	Droit français	271
§ 2.	Les causes de nullité ou d'annulation	272
A.	Les causes de nullité ou d'annulation de la décision de fusion ou de scission tenant à la procédure	272
B.	Les causes de nullité ou d'annulation tenant au contenu de la décision de fusion ou de scission	276
§ 3.	Les effets de la nullité ou de l'annulation de la décision de fusion ou de scission	280
A.	Nullité de l'assemblée spéciale et nullité de l'assemblée générale	280
B.	Annulation de la décision et mise à néant de la fusion . .	283

TABLE DES MATIÈRES	323
Section III. <i>Les mesures provisionnelles</i>	285
<i>Chapitre II. — LES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ</i>	288
Section I. <i>Le dommage</i>	288
§ 1. Le dommage dans la société reprise	289
§ 2. Le dommage dans la société reprenante	292
Section II. <i>Les personnes responsables</i>	293
§ 1. Les responsables du dommage direct	293
§ 2. Les responsables du dommage indirect	295
Section III. <i>La faute</i>	296
§ 1. La diligence requise des administrateurs	296
§ 2. La portée de l'approbation de l'assemblée générale	299
CONCLUSION	303
BIBLIOGRAPHIE	307
TABLE DES MATIÈRES	315

ACHEVÉ D'IMPRIMER
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),
EN NOVEMBRE 1974

